

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Szewczyk
Sędziowie:	SSA Elżbieta Uznańska SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 17 grudnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **S.A. w B.**

przeciwko **Gminie A.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 23 maja 2014 r. sygn. akt IX GC 125/13

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2014 r.

Strona powodowa (...) Spółka Akcyjna w B. domagała się zasądzenia od strony pozwanej Gminy A. kwoty 451.312,40 zł z ustawowymi odsetkami od 8 września 2012 r. i kosztami procesu, tytułem pozostałej części wynagrodzenia za roboty budowlane, objętej oświadczeniem pozwanej o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie, która to kara pozwanej Gminie nie przysługiwała wobec realizacji przedmiotu umowy w terminie.

W zarzutach do wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym pozwana Gmina A. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenia kosztów procesu zarzucając w pierwszym rzędzie samodzielnej legitymacji powodowej Spółki do dochodzenia roszczenia na swoją rzecz, gdyż wiązała ją umowa konsorcjum ze spółką

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółką Komandytową, w sprawie zachodzi więc współuczestnictwo konieczne. Podniosła nadto, że potrącenie z wierzytelności powodowej spółki wierzytelności z tytułu kary umownej było uzasadnione wobec opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy z powodu nieprzedstawienia geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej robót i sieci uzbrojenia terenu, kopii mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej.

Wyrokiem z dnia 23 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Gospodarczy uchylił nakaz zapłaty z 3 stycznia 2013 r., sygn. akt IX GNc 1715/12 i oddalił powództwo; zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 24.142 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 1 kwietnia 2011 r. została zawarta umowa konsorcjum pomiędzy spółką (...) a Spółką (...) jako partnerami. Partnerzy oświadczyli, że tworzą konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, to jest wspólnego złożenia oferty w przetargu, a w przypadku wyboru oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej - do zawarcia i realizacji umowy kontraktowej. Strony postanowiły, że zawarcie umowy konsorcjum nie oznacza zawarcia umowy spółki. Partnerzy konsorcjum zobowiązali się wspólnie przygotowywać ofertę i wszelkie inne dokumenty składane zamawiającemu, jakie mogą okazać się niezbędne, dołożyć wszelkich uzasadnionych starań w celu dotrzymania terminów zgodnie z obowiązującym w ramach realizacji inwestycji harmonogramem, do wykonania przydzielonego im zakresu robót oraz wypełnienia obowiązków formalnych związanych z tymi pracami w sposób i terminie umożliwiającym pozostałym partnerom konsorcjum terminowe i bezproblemowe wykonanie przydzielonego im zakresu prac zgodnie z harmonogramem robót, dołożenia najwyższej zawodowej staranności i wykonania przedmiotu kontraktu zgodnie z projektem, specyfikacjami technicznymi i wiedzą budowlaną i warunkami kontraktu, wykonania przydzielonego im zakresu robót oraz wypełnienia obowiązków formalnych związanych z tymi pracami w sposób i terminie umożliwiającym pozostałym partnerom konsorcjum terminowe i bezproblemowe wykonanie przydzielonego im zakresu prac oraz na podstawie przygotowanego harmonogramu robót. Każdy z partnerów konsorcjum zobowiązał się do zapewnienia we własnym zakresie i na koszt własny, odpowiedniej liczby, należycie wykwalifikowanego i doświadczonego w realizacji podobnych inwestycji personelu oraz środków niezbędnych do wykonania przedmiotu kontraktu. Partnerzy konsorcjum, w przypadku przyznania im przez zamawiającego realizacji kontraktu, zobowiązali się współpracować ze sobą oraz przekazywać sobie pisemnie wszystkie informacje mające istotne znaczenie dla jego realizacji. Partnerzy Konsorcjum, postanowili, że roboty wynikające lub związane z przedmiotem kontraktu zrealizują w oparciu o sposób podziału określony w załączniku do umowy konsorcjum. Wykonanie poszczególnych części robót wynikających lub związanych z przedmiotem kontraktu miało nastąpić w terminach i w koordynacji ustalonej przez partnerów konsorcjum, z zachowaniem terminów wymaganych kontraktem. Szczegółowe warunki współpracy miały zostać określone pomiędzy partnerami konsorcjum w porozumieniu wykonawczym. Zysk lub strata każdego z partnerów konsorcjum wynikać miała z kosztów i wpływów z tytułu realizacji przydzielonych mu robót wynikających lub związanych z przedmiotem kontraktu. Partnerzy konsorcjum mieli nie uczestniczyć łącznie ani w zysku ani w stracie osiągniętej w wyniku realizacji całości robót wynikających lub związanych z przedmiotem kontraktu. Realizacja prac określonych kontraktem odbywać się miała zgodnie z jego treścią, projektem, wymaganiami określonymi specyfikacją istotnych warunków zamówienia, uznanymi i przyjętymi zasadami wiedzy, obowiązującymi standardami oraz procedurami postępowania. Rozliczanie i fakturowanie wykonanych robót z zamawiającym miało się dokonywać przez lidera konsorcjum na podstawie dostarczanych przez partnerów konsorcjum wszelkich informacji i materiałów niezbędnych do ich wystawienia oraz dokumentujących postępy prac, zgodnie z warunkami kontraktu i wzorami dokumentów rozliczeniowych przekazanych przez zamawiającego. Zamawiający miał dokonywać płatności na rachunek bankowy lidera konsorcjum. Strony umowy ustaliły, że upoważnionym do podpisania kontraktu z zamawiającym i występowania w imieniu konsorcjum, do zaciągania zobowiązań i otrzymywania zleceń dla i w imieniu każdego lub wszystkich partnerów konsorcjum, a także do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego i jego przedstawicieli oraz otrzymywania od nich wszelkich instrukcji dla i w imieniu każdego lub wszystkich partnerów konsorcjum, jak również do składania oświadczeń woli w ramach obowiązków wynikających z kontraktu oraz

umowy konsorcjum jest lider konsorcjum. Lider konsorcjum miał otrzymać od partnerów konsorcjum wynagrodzenie, które zostanie naliczone w wysokości 1 % wartości netto każdej faktury wystawionej przez każdego z partnerów konsorcjum. Lider Konsorcjum każdorazowo miał wystawić na każdego partnera konsorcjum fakturę opiewającą na swoje wynagrodzenie. Koszty związane z przygotowaniem oferty miał ponieść lider konsorcjum, natomiast partner konsorcjum zobowiązał się do zapłaty części tych kosztów, które zostaną poniesione, proporcjonalnie do udziału prac zawartych w ofercie. Do obowiązków i uprawnień lidera konsorcjum należało podpisanie i złożenie oferty w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów konsorcjum, bieżące analizowanie wykonania kontraktu i koordynacja rozwiązywania problemów związanych z jego realizacją, ścisła współpraca z zamawiającym i jego personelem, ścisła współpraca z przedstawicielami partnerów konsorcjum, rozliczanie z zamawiającym wykonanych przez partnerów konsorcjum robót i innych obowiązków przewidzianych postanowieniami kontraktu, koordynowanie robót i innych obowiązków przewidzianych postanowieniami kontraktu prowadzonych przez partnerów konsorcjum, z tym, że za podwykonawców, poddostawców i inne podmioty zatrudnione przez poszczególnych partnerów konsorcjum, każdy z partnerów konsorcjum odpowiadać miał we własnym zakresie i miał sam koordynować ich działania, zawarcie z zamawiającym kontraktu w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów konsorcjum, przekazywanie zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez wszystkich partnerów konsorcjum, w oparciu o warunki kontraktu, występowania w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów konsorcjum w sprawach ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych. Za zobowiązania ewentualnych podwykonawców lub poddostawców oprócz odpowiedzialności solidarnej, każdy z partnerów konsorcjum odpowiedzialny był również tak wobec zamawiającego jak i wobec pozostałych partnerów konsorcjum. Każdy z partnerów konsorcjum miał ponosić odpowiedzialność za zgodne z kontraktem i obowiązującymi przepisami wykonanie przydzielonego mu zakresu robót. Umowa obowiązywać miała od jej podpisania do całkowitego zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją jej celów łącznie z okresem obowiązywania gwarancji i rękojmi w zależności od tego, który z tych okresów będzie dłuższy. Partnerzy konsorcjum zobowiązali się do zawarcia po przyznaniu kontraktu porozumienia wykonawczego, które miało w sposób szczegółowy precyzować wewnętrzny podział robót pomiędzy partnerów konsorcjum, a także zakres ich uprawnień oraz obowiązków.

Sąd Okręgowy następnie ustalił, że w dniu 16 czerwca 2011 r. pozwana Gmina A. jako zamawiający i konsorcjum, w skład którego wchodziły (...) Spółka Akcyjna w B. i (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa jako wykonawca zawarli umowę, w której zamawiający zlecił a wykonawca przyjął do wykonania budowę Lokalnej Obwodnicy A.. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z pozwoleniem na budowę, przedmiarem robót, dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót. Termin rozpoczęcia przedmiotu umowy strony ustaliły na 27 czerwca 2011 r. a zakończenie miało nastąpić 18 listopada 2011 r. Strony ustaliły, że odbiór końcowy robót zgłoszony na piśmie przez wykonawcę dokonają upoważnieni przedstawiciele stron w ciągu 14 dni od daty zakończenia całości robót, za datę odbioru końcowego ustalili datę wykonania przedmiotu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Z czynności odbioru końcowego zamawiający sporządzić miał protokół podpisany przez strony umowy oraz przez inspektora nadzoru inwestorskiego. Rozliczenie robót dokonane miało być fakturami częściowymi wystawionymi za wykonane i odebrane roboty, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji zadania. Podstawę do wystawienia faktur częściowych przez wykonawcę stanowić miał odbiór poszczególnych części robót zgodnie z harmonogramem potwierdzony protokołem odbioru częściowego wraz z kosztorysem powykonawczym. Zamawiający zobowiązany był do zapłaty faktur częściowych przelewem na konto wskazane przez wykonawcę w terminie do 30 dni od dnia przedstawienia faktur częściowych przez wykonawcę. Za niedotrzymanie terminu zakończenia przedmiotu umowy wykonawca zapłacić miał zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto wynoszącego 5 893 505,25 zł za każdy dzień zwłoki. Do umowy zostały dołączone załączniki, w tym specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. W dniu 10 listopada 2011 r. został zawarty aneks nr (...) do umowy wskazujący jako termin zakończenia przedmiotu umowy 30 grudnia 2011 r. W dniu 23 grudnia 2011 r. został zawarty aneks nr (...) ustalający termin zakończenia przedmiotu umowy na 18 maja 2012 r. W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót Budowy Lokalnej Obwodnicy A. – etap (...), podetap (...) postanowiono, że odbiór ostateczny polega na finalnej ocenie rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do ich ilości, jakości i wartości. Całkowite zakończenie robót oraz gotowość do odbioru ostatecznego miała być stwierdzona przez wykonawcę wpisem do

dziennika budowy z bezzwłocznym powiadomieniem na piśmie o tym fakcie Inżyniera. Zakończenie robót musiało być potwierdzone przez Inżyniera wpisem do dziennika budowy, czego warunkami miało być: przekazanie Inżynierowi kompletnych badań i pomiarów wymaganych przez odpowiednie asortymentowe (...) do odbioru ostatecznego robót i uzyskanie pozytywnych wyników badań i pomiarów. Odbiór ostateczny robót miał nastąpić w terminie ustalonym w dokumentach umowy, licząc od dnia potwierdzenia przez Inżyniera zakończenia robót i przyjęcia dokumentów szczegółowo wymienionych. Odbioru ostatecznego robót miała dokonać komisja wyznaczona przez zamawiającego w obecności Inżyniera odbioru i wykonawcy. Komisja odbierająca roboty miała dokonać ich oceny jakościowej na podstawie przedłożonych dokumentów, wyników badań i pomiarów, oceny wizualnej oraz zgodności wykonania robót z dokumentacją projektową i (...). Odbierający mógł dokonać odbioru ostatecznego robót, jeżeli ich jakość i ilość w poszczególnych asortymentach jest zgodna z warunkami kontraktu, (...) oraz ustaleniami i poleceniami Inżyniera. Roboty z wadami nie mogły podlegać odbiorowi. Do odbioru ostatecznego wykonawca był zobowiązany przygotować dokumentację projektową podstawową z naniesionymi zmianami oraz dodatkową, jeśli została sporządzona w trakcie realizacji umowy, szczegółowe specyfikacje techniczne (podstawowe z dokumentów umowy i ewentualnie uzupełniające lub zamiennie), recepty i ustalenia technologiczne, dzienniki budowy i rejestr obmiarów (oryginały), wyniki pomiarów kontrolnych oraz badań oznaczeń laboratoryjnych, zgodne z (...) i (...), deklaracje zgodności lub certyfikaty zgodności wbudowanych materiałów zgodnie (...) i (...), opinię technologiczną sporządzoną na podstawie wszystkich wyników badań i pomiarów załączonych do dokumentów odbioru, wykonanych zgodnie z (...) i (...), rysunki (dokumentacje) na wykonanie robót towarzyszących (np. na przełożenie linii telefonicznej, energetycznej, gazowej, oświetlenia itp.) oraz protokoły odbioru i przekazania tych robót właścicielom urządzeń, geodezyjną inwentaryzację powykonawczą robót i sieci uzbrojenia terenu, kopię mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. W przypadku, gdy wg komisji roboty pod względem przygotowania dokumentacyjnego nie będą gotowe do odbioru ostatecznego, komisja w porozumieniu z wykonawcą miała wyznaczyć ponowny termin odbioru ostatecznego robót. Wszystkie zarządzone przez komisję roboty poprawione lub uzupełnione miały być zestawione według wzoru ustalonego przez zamawiającego.

Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że powodowa Spółka (...) nie przejęła terenu budowy po zawarciu umowy, ponieważ jeden budynek mieszkalny nie został wywłaszczony. Tę część terenu budowy, na której znajdował się budynek, został przejęty na początku grudnia 2011 r. Instalacja kanalizacji deszczowej została wykonana na nieznacznym odcinku niezgodnie z projektem budowlanym. Niedługo po wykonaniu tego odcinka kanalizacji wykryto tę rozbieżność a projektant zaakceptował zmianę.

Sąd pierwszej instancji podał, że w dniu 16 kwietnia 2012 r. inspektor nadzoru inwestorskiego zwrócił się do konsorcjum spółki (...) i spółki (...) o pilne przygotowanie dwóch egzemplarzy dokumentacji powykonawczej zgodnie z zapisami (...), która powinna zawierać w szczególności geodezyjną inwentaryzację powykonawczą robót i uzbrojenie terenu oraz kopię mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. W dniu 18 maja 2012 r. do dziennika budowy wpisano zakończenie robót. W tym samym dniu kierownik budowy zgłosił zakończenie budowy obwodnicy. W dniu 18 maja 2012 r. strona powodowa zawiadomiła pozwaną Gminę o zakończeniu robót budowlanych. W dniu 29 maja 2012 r. przedstawiciele pozwanej i przedstawiciele strony powodowej spotkali się na terenie budowy, obezili cały teren budowy i stwierdzali prawidłowość wykonania robót. Po spotkaniu przedstawiciele stron podpisali protokół. W skład komisji odbiorowej wchodziła komisja z Gminy A. M. D. Wydziału Inwestycji i Drogownictwa Urzędu Miejskiego w A., S. S. Wydziału Inwestycji i Drogownictwa Urzędu Miejskiego w A., R. K. Zarządzającego Projektem oraz S. P. (1) – Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w specjalności drogowej. Przedstawicielem powiatowego Zarządu Dróg w W. był S. P. (2) – Kierownik Wydziału (...) Powiatowych. Natomiast przedstawicielami wykonawcy byli ze strony (...) A. G., D. M., P. Ż. oraz W. C. a ze strony (...). Komisja odbiorowa postanowiła, że do 11 czerwca 2012 r. wykonawca przekaże kompletny operat kołaudacyjny w dwóch egzemplarzach. Strony wskazały, że do rozliczenia pozostało 974.542,80 zł brutto. Komisja stwierdziła występowanie usterek zalecając zdemontowanie tablicy reklamowej (...) S.A. zlokalizowanej na rondzie wojewódzkim, przełożenie zapadniętej kostki brukowej w obrębie studni kanalizacyjnej oraz na odcinku chodnika pomiędzy słupem oświetleniowym nr(...), nr (...), usunięcie nierówności kostki brukowej w obrębie przejścia dla pieszych na wlocie do ronda powiatowego z kierunku obwodnicy oraz z kierunku N., zlikwidowanie nacięcia w betonie asfaltowymi

przy wypuście studni kanalizacyjnej zlokalizowanych na wlocie do ronda powiatowego z kierunku N., dopiaskowanie chodnika wokół ronda powiatowego, przestawienie znaku „ścieżka rowerowa” zlokalizowanego w chodniku ronda powiatowego poza chodnik, uporządkowanie i wyplantowanie terenu budowy wokół ronda powiatowego oraz w okolicy zjazdu C., przebudowanie wpustu do studni kanalizacyjnej (...) przejmując wodę z rowu przydrożnego w obrębie ronda powiatowego, wyczyszczenie znaków drogowych z pozostałości po taśmie klejącej, wymienienie uschniętych drzewek oraz stosowanie pielęgnacji do czasu ich ukorzenia, usunięcie pozostałości po asfaltowaniu, naprawienie wypiętej kratki ściekowej naprzeciw wjazdu do C., przywrócenie wyrwanych graniczników i usunięcie kolein z działki nr (...), uporządkowanie, wyplantowanie i obsianie prawej skarpy po wyburzonym ogrodzeniu pomiędzy wjazdem do M. a chłodniami wodnymi, wykonanie oznakowania poziomego zgodnego z technologią – jako oznakowanie grubowarstwowe, dostarczenie kompletnego operatu kolaudacyjnego w dwóch egzemplarzach. Ostateczny termin odbioru końcowego został ustalony na 11 czerwca 2012 r. W przypadku niedotrzymania terminu usunięcia wymienionych usterek zamawiający miał naliczyć kary umowne zgodnie umową. Komisja stwierdziła, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z umową, projektem budowlanym oraz zleceniami inspektora nadzoru. W protokole wpisano, że komisja nie dokonała odbioru robót od wykonawcy. Załącznikiem do protokołu był wykaz niezbędnych dokumentów do protokołu końcowego odbioru robót, w którym podano, że dokumentami niezbędnymi są między innymi inwentaryzacja geodezyjna. W protokole końcowym odbioru robót z 3 sierpnia 2012 r. przedstawiciele pozwanej Gminy stwierdzili, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z umową, projektem budowlanym, (...) oraz zleceniami inspektora nadzoru, i odebrali roboty od wykonawcy. Przedstawiciele wykonawcy odmówili podpisania protokołu.

Sąd Okręgowy podał nadto, że w dniu 4 sierpnia 2012 r. powodowa Gmina wystawiła notę księgową nr (...) obciążającą spółkę (...) i spółkę (...) kwotą 451 312,40 zł tytułem kary umownej za niedotrzymanie terminu zakończenia przedmiotu umowy wzywając do jej zapłaty w ciągu 14 dni od daty otrzymania noty. W dniu 8 sierpnia 2013 r. powodowa spółka wystawiła pozwanej Gminie fakturę VAT nr (...) na 959 939,13 zł z terminem płatności do 7 września 2012 r. za budowę Lokalnej Obwodnicy A. oraz rozbudowę drogi powiatowej zgodnie z umową wraz z późniejszymi zmianami oraz protokołem odbioru częściowego robót nr 6 z 3 sierpnia 2012 r. Pismem z 23 listopada 2012 r. strona powodowa wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 451 312,40 zł wraz z należnymi ustawowymi odsetkami. W wezwaniu podano, że wzywający nie uznaje skuteczności potrącenia dokonanego przez Gminę A..

Sąd Okręgowy ustalił wreszcie, że w dniu 25 maja 2012 r. pozwana Gmina poinformowała powodową spółkę, że końcowy odbiór robót ustalono na 29 maja 2012 r. W dniu 29 maja 2012 r. do Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej geodeta P. W. (1) działający na zlecenie spółki (...) złożył wniosek o przyjęcie do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego dokumentacji technicznej powstałej w wyniku budowy obwodnicy A.. W tym samym dniu wniosek został odebrany przez P. W. (1). Od końca maja 2012 r. obwodnicą zaczęli jeździć mieszkańcy A. mimo znaku zakazu wjazdu. W dniu 11 czerwca 2012 r. przedstawiciele Gminy A. i przedstawiciele spółki (...) spotkali się na terenie budowy, aby sprawdzić, czy usterki stwierdzone w protokole z 29 maja 2012 r. zostały usunięte. Stwierdzono usunięcie wszystkich usterek z wyjątkiem uschniętych drzew, kolein na działce sąsiadującej z terenem budowy. Stwierdzono brak graniczników. Po spotkaniu przedstawiciele powodowej spółki podpisali ostatnią stronę protokołu a reszta protokołu miała być sporządzona przez przedstawicieli Gminy w późniejszym terminie. Po spotkaniu przedstawiciele Gminy sporządzili brakującą część protokołu końcowego odbioru robót i przesłali go powodowej spółce. W protokole przygotowanym przez przedstawicieli Gminy wpisano, że wykonawca nie przekazał komisji odbiorowej kompletu dokumentów według załącznika nr 1 do protokołu i że podstawą odbioru końcowego i wystawienia faktury końcowej jest kompletność wymaganych dokumentów odbiorowych według załącznika i zatwierdzony przez zamawiającego kosztorys powykonawczy wraz z obmiarem robót. Dalej wpisano, że komisja nie może stwierdzić, czy przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z umową, projektem budowlanym, (...) oraz zaleceniami inspektora nadzoru i że komisja nie dokonuje odbioru od wykonawcy. Załącznik do protokołu zawierał wykaz niezbędnych dokumentów do końcowego odbioru robót zgodny z (...). Dokumentami tymi był dziennik budów i rejestry obmiarów (oryginały), oświadczenia kierownika budowy, dokumentacja projektowa podstawowa z naniesionymi zmianami oraz dodatkowa, jeśli została sporządzona w trakcie realizacji umowy, szczegółowe specyfikacje techniczne (podstawowe z dokumentów umowy i uzupełniające lub

zamienne), recepty i ustalenia technologiczne, wyniki pomiarów kontrolnych oraz badań i oznaczeń laboratoryjnych, zgodne z (...) i (...), deklaracje zgodności lub certyfikaty zgodność zbudowanych materiałów zgodnie z (...) i (...), opinia technologiczna sporządzona na podstawie wszystkich wyników badań i pomiarów załączonych do dokumentów odbioru, wykonanych zgodnie z (...) i (...), rysunki (dokumentacje) na wykonanie robót towarzyszących (np. na przełożenie linii telefonicznej, energetycznej, gazowej, oświetlenia itp.) oraz protokół odbioru i przekazania tych robót właścicielom urządzeń, geodezyjna inwentaryzacja powykonawcza robót i sieci uzbrojenia terenu, kopia mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, dokument gwarancyjny na przedmiot umowy na okres 5 lat licząc od daty końcowego odbioru robót. Równocześnie z protokołem z 11 czerwca 2012 r. przedstawiciele Gminy przygotowali nową wersję protokołu z 29 maja 2012 r., w którym zawarli stwierdzenie, że wykonawca nie przekazał komisji odbiorowej dokumentów według załącznika do protokołu i że do 11 czerwca 2012 r. wykonawca przekaze kompletny operat kolaudacyjny w dwóch egzemplarzach a podstawą odbioru końcowego i wystawienia faktury końcowej jest kompletność wymaganych dokumentów zbiorowych (według załącznika) i zatwierdzony przez zamawiającego kosztorys powykonawczy wraz z obmiarem robót. Po spotkaniu w czerwcu 2012 r. przedstawiciele Gminy i powodowej spółki wyjaśniali rozbieżności w kosztorysie powstałe na skutek zaokrąglania wartości w kosztorysach częściowych. Ostatecznie wartość robót uzgodniono 2 sierpnia 2012 r.

Sąd Okręgowy podał także, że Zarząd Województwa (...) i Gmina A. zawarli umowę o dofinansowanie projektu w ramach O. Priorytetowej 4. Infrastruktura dla rozwoju gospodarczego (...) Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013 nr (...). Na podstawie umowy pozwana Gmina miała otrzymać zwrot części koty wydanej na inwestycję. Do czasu otrzymania dotacji Gmina finansowała całość kosztów inwestycji ze środków własnych i kredytu bankowego. W piśmie z 20 czerwca 2012 r. pozwana Gmina zwróciła się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) z prośbą o wyrażenie zgody na przesunięcie terminu zakończenia realizacji projektu z 30 czerwca 2012 r. na 30 września 2012 r. W dniu 20 czerwca 2012 r. Gmina zwróciła się do geodety powiatowego z prośbą o przyjęcie do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego dokumentacji technicznej z pominięciem ustawowych terminów związanych z kontrolą i przyjęciem do zasobu, jakie wynikają z Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 16 lipca 2001 r. w sprawie zgłaszania prac geodezyjnych i kartograficznych, ewidencjonowania systemów i przechowywania kopii zabezpieczających bazy danych a także warunków umów o udostępnienie tych baz. Prośbą była umotywowana koniecznością jak najszybszego oddania do użytku Lokalnej Obwodnicy A., która będzie jednym możliwym objazdem przez A. w czasie przebudowy mostu na W., którego inwestorem jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w K.. W dniu 26 czerwca 2012 r. powodowa spółka przedłożyła pozwanej Gminie kopię mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. Na mapach Starosta (...) dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej odnotował, że kanalizacja deszczowa jest niezgodna. Burmistrz A. w dniu 28 czerwca 2012 r. zawiadomił Państwowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w W. o zakończeniu budowy. Do zawiadomienia została załączona inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza wraz z mapą uzupełniającą. Pozwana Gmina 2 lipca 2012 r. poinformowała pozwaną spółkę (...) i spółkę (...), że Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego zakwestionował przedstawione mu kopie map zasadniczych z uwagi na niezgodność w wykonaniu kanalizacji deszczowej w stosunku do opinii uzgodnionej przez Zespół Uzgadniania Dokumentacji projektowej. Dlatego wymagane jest uzgodnienie map z wszystkimi właścicielami sieci uzbrojenia terenu i zaakceptowania przez nich zaistniałych zmian. Po dokonaniu uzgodnień kopie map zasadniczych umożliwią dokonanie skutecznego zgłoszenia zakończenia robót do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Jest to warunek do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Powodowa Spółka 4 lipca 2012 r. poinformowała pozwaną Gminę, że przekazała w uzgodnionych terminach wszelkie niezbędne dokumenty do dokonania odbioru inwestycji. W skład dokumentów wchodziły m.in. inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza oraz kopie rysunków wchodzących w skład projektu budowlanego z naniesionymi zmianami potwierdzonymi przez projektanta i inspektora nadzoru inwestorskiego w wymaganym oświadczeniu. W dniu 5 lipca 2012 r. Gmina A. poinformowała powodową spółkę, że 2 i 3 lipca 2012 r. pracownik Gminy uzgodnił mapy z wszystkimi właścicielami sieci uzbrojenia terenu. Gmina wezwwała powodową spółkę do usunięcia usterek wymienionych w protokole z 11 czerwca 2012 r. oraz o dostarczenie pisemnego powiadomienia ich usunięcia. W dniu 10 lipca 2012 r. Gmina A. zwróciła się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) o przesunięcie terminu do złożenia uaktualnionego wniosku aplikacyjnego. W odpowiedzi na pismo Urząd Marszałkowski wyraził zgodę na wydłużenie okresu realizacji projektu do 30 września 2012 r. Pozwana Gmina

11 lipca 2012 r. zwróciła się do spółki (...) o usunięcie w rybie pilnym usterek wymienionych w protokole z 11 czerwca 2012 r. oraz dostarczenie pisemnego powiadomienia o ich usunięciu w celu podjęcia czynności zmierzających do dokonania odbioru końcowego. Gmina A. wezwała o kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis mapy, opieczetowanych przez kierownika budowy, projektanta głównego oraz branżowych oraz inspektorów nadzoru inwestorskiego, ponieważ otrzymane rysunki obejmują tylko i wyłącznie zakres robót z pozwolenia nr (...) z 13 grudnia 2010 r. Poinformowała też, że 12 lipca 2012 r. odbędzie się spotkanie w Wydziale Inwestycji i Drogownictwa Urzędu Miejskiego w A. w sprawie końcowych kosztorysów powykonawczych oraz ostatecznego rozliczenia przedmiotowej inwestycji. Pismem z 23 lipca 2012 r. Gmina A. wezwała spółkę (...) do pisemnego wyjaśnienia sposobu załatwienia sprawy związanej z przywróceniem wyrwanych graniczników i usunięciem kolein z działki nr (...) oraz dostarczenia pisemnego powiadomienia o gotowości do odbioru w celu ustalenia terminu dokonania odbioru końcowego. W odpowiedzi na to pismo geodeta P. W. (1) poinformował 24 lipca 2012 r., że na działce nr (...) zostały zastabilizowane trwale dwa znaki graniczne, które zostały nasypane. Czynność ta została wykonana w obecności strony zainteresowanej - J. N.. Gmina A. 25 lipca 2012 r. zwróciła się do spółki (...) o określenie terminu spotkania w celu podpisania końcowego protokołu odbioru robót i o dostarczenie kosztorysu powykonawczego częściowego wraz z protokołem odbioru częściowego robót za okres od 1 do 18 maja 2012 r. według wspólnych ustaleń z 24 lipca 2012 r. oraz kosztorysu powykonawczego obejmującego całość inwestycji od początku realizacji. W dniu 2 sierpnia 2012 r. Gmina A. w związku z brakiem określenia przez spółkę (...) terminu spotkania w celu podpisania protokołu odbioru końcowego poinformowała spółkę (...), że odbiór odbędzie się 3 sierpnia 2012 r. Gmina A. ponownie zwróciła się o przedłożenie dokumentów wymienionych w piśmie z 25 lipca 2012 r. W dniu 3 sierpnia 2012 r. Gmina A. sporządziła protokół odbioru stwierdzający wykonanie robót. Protokół nie został podpisany przez przedstawicieli spółki (...). Pozwana Gmina zwróciła się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) o przedłużenie do końca grudnia 2012 r. terminu realizacji projektu nr (...), „Rozbudowa strefy poprzez stworzenie wewnętrznego układu komunikacyjnego (...) podstrefy (...)”. Urząd Marszałkowski Województwa (...) wyraził zgodę na wydłużenie okresu realizacji projektu do 31 grudnia 2012 r. W dniu 19 września 2012 r. Gmina A. potrąciła wierzytelność z tytułu kar umownych w kwocie 451 312,40 zł za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...) z 16 czerwca 2011 r. objętej notą księgową nr (...) z 24 sierpnia 2012 r. z wierzytelnością konsorcjum spółki (...) i spółki (...) w kwocie 959 939,13 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nr (...) z 16 czerwca 2011 r. wynikającą z faktury nr (...) z 4 sierpnia 2012 r. Na skutek naliczenia spółce (...) kary umownej przez Gminę A. i jej potrącenia Gmina A. otrzymała mniejsze dofinansowanie o kwotę 195 000 zł.

Powyższy stan faktyczny doprowadził Sąd Okręgowy do przekonania, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutu braku legitymacji czynnej po stronie powoda jako jednego tylko członka konsorcjum, Sąd Okręgowy wskazał, że umowa konsorcjum jest umową nienazwaną. Dlatego wszelkie wypowiedzi dotyczące charakteru umowy konsorcjum, a w szczególności tożsamości tej umowy z umową spółki cywilnej, zależą od założeń przyjętych przez autora oraz stanu faktycznego, w którym zapada orzeczenie. Sąd podkreślił, że poglądy wyrażane w orzecznictwie są sprzeczne. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (wyroki z 13 października 2011 r., V CSK 475/10 i z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11) nie wykluczył, że umowa konsorcjum jest umową spółki cywilnej, uznając współuczestnictwo konieczne konsorcjantów w sprawie o zwrot wadium. Pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy został odrzucony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach (wyroki z 1 lutego 2013 r., V ACa 664/12 i z 26 października 2012 r., V ACa 188/12), który przyjął, że nie ma współuczestnictwa koniecznego pomiędzy konsorcjantami w sprawie o zwrot wadium, i zaakceptowany przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (wyroki z 29 kwietnia 2013 r., VI ACa 1183/12 i z 18 października 2013 r., VI ACa 236/13), który przyjął że w sprawie o zapłatę wynagrodzenia należnego konsorcjantom od inwestora po stronie powodowej zachodzi współuczestnictwo konieczne wszystkich konsorcjantów. W innych orzeczeniach sądy nie wykluczały, że konsorcjum w pewnych przypadkach może być spółką cywilną (wyrok Sądu apelacyjnego w Białymstoku z 17 października 2012 r., I ACa 460/12 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 18 grudnia 2013 r., I ACa 598/13). Przeciwnicy poglądu, że umowa konsorcjum jest umową spółki cywilnej, podnoszą przede wszystkim, że od umowy spółki cywilnej konsorcjum różni się tym, że konsorcjum nie ma swojego majątku (to jest majątku wspólnego konsorcjantów). Sąd pierwszej instancji nie podzielił tego argumentu. Zgodnie z art. 860 § 1 k.c. przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez

działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Wniesienie wkładów nie jest ani jedynym, ani koniecznym rodzajem działania podjętego przez wspólników w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Możliwa zatem jest spółka cywilna, która nie ma majątku (to jest majątku wspólnego wspólników). Nadto w przypadku konsorcjum zawartego w celu zawarcia i wykonania umowy o roboty budowlane w skład majątku konsorcjum wchodzi wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty. Tak więc konsorcjum ma majątek.

Sąd pierwszej instancji uznał zawartą przez powodową spółkę ze spółką (...) umowę za spółkę cywilną. Konsorcjanci zobowiązali się dążyć do zawarcia ze stroną pozwaną umowy o roboty budowlane a po zawarciu tej umowy do jej wykonania w sposób określony w umowie konsorcjum. Cel umowy jest celem wspólnym i gospodarczym. Działania stron są zaś oznaczone. Umowa konsorcjum została zawarta na czas oznaczony, przy czym termin, na jaki umowę zawarto, nie jest oznaczony datą, lecz zdarzeniem przyszłym, które strony uznały za pewne. Zdarzeniem tym jest wygaśnięcie rękojmi i gwarancji udzielonej inwestorowi na wykonane roboty budowlane. Sąd podkreślił, że termin ten do czasu rozpoznania sprawy nie upłynął. Dlatego przyjmując argumentację Sądu Najwyższego wyrażoną w uchwale z 9 lutego 2011 r., III CZP 130/10, Sąd pierwszej instancji uznał, że pomiędzy powodową spółką a spółką (...) zachodzi współuczestnictwo konieczne a powodowa spółka nie mogła domagać się zapłaty wynagrodzenia wyłącznie na swoją rzecz. Sąd Okręgowy wskazał również, że wobec wydania w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, zgodnie z żądaniem strony powodowej, nie stosuje się art. 195 k.p.c. (art. 495 § 4 k.p.c.), nie było zatem możliwe zawiadomienie spółki (...) o toczącym się procesie. Zwrócił uwagę na to, że strona powodowa w pozwie nie podała, jaką treść ma umowa zawarta przez nią ze spółką (...) a sama umowa konsorcjum została dołączona dopiero do zarzutów od nakazu zapłaty przez stronę pozwaną. W chwili wydawania nakazu zapłaty nie było zatem podstaw by kwestionować legitymację powoda. Dlatego w sprawie wydano nakaz zapłaty na podstawie art. 485 § 2a k.p.c. Po przeprowadzeniu rozprawy sąd uchylił nakaz zapłaty na podstawie art. 496 k.p.c. i oddalił powództwo z tego względu, że powodowa spółka nie mogła dochodzić wynagrodzenia należnego konsorcjantom wyłącznie na swoją rzecz.

Sąd Okręgowy stwierdził następnie, że za oddaleniem powództwa przemawiają także inne argumenty, a to uwzględnienie potrącenia kary umownej za opóźnienie w oddaniu obiektu. Sąd podkreślił, że jakkolwiek powodowa spółka wykonała roboty budowlane przed 18 maja 2012 r., to jednak nie wyczerpywały one całości prac, jakie miała wykonać powodowa spółka wraz z konsorcjantem. Strony w sposób precyzyjny ustaliły w umowie jakie dokumenty powodowa spółka i jej konsorcjant ma przygotować do odbioru ostatecznego. Nie budziło wątpliwości Sądu, że powodowa spółka nie dysponowała 29 maja 2012 r. geodezyjną inwentaryzacją powykonawczą robót i sieci uzbrojenia terenu oraz kopią mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, co oznacza, że w tym dniu przedmiot umowy nie był wykonany zgodnie z umową. Strony postanowiły w umowie, że w przypadku, gdy roboty pod względem przygotowania dokumentacyjnego nie będą gotowe do odbioru ostatecznego, komisja odbiorowa w porozumieniu z wykonawcą wyznaczy ponowny termin odbioru ostatecznego robót. A zatem działanie strony pozwanej polegające na odmowie dokonania odbioru 29 maja 2012 r. miało podstawę w umowie. Wykonawca nie może narzucać inwestorowi odbioru nieukończonych robót, jeżeli jest to sprzeczne w sposób wyraźny z umową. Oczywiście jest, że interesy inwestora i wykonawcy są sprzeczne. Inwestorowi może zależeć na opóźnieniu odbioru, choćby w celu uchylenia się od zapłaty wynagrodzenia czy też w celu naliczenia kar umownych. Wykonawcy może zaś zależeć na przyspieszeniu odbioru w celu uzyskania zapłaty wynagrodzenia czy też w celu uniknięcia naliczenia kar umownych. W każdym przypadku przyczyny odmowy odbioru powinny być starannie oceniane. Brak dokumentacji w okolicznościach sprawy Sąd Okręgowy uznał za brak istotny, ponieważ uniemożliwiał używanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Według art. 54 Prawa budowlanego, do użytkowania obiektu budowlanego, na którego wzniesienie jest wymagane pozwolenie na budowę, można przystąpić, po zawiadomieniu właściwego organu o zakończeniu budowy, jeżeli organ ten, w terminie 21 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie zgłosi sprzeciwu w drodze decyzji. Zgodnie z art. 57 ust. 1 pkt 5 Prawa budowlanego do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego inwestor jest obowiązany dołączyć w szczególności inwentaryzację geodezyjną powykonawczą. A zatem bez dokumentów, które powodowa spółka miała przedłożyć do odbioru, strona pozwana nie mogła użytkować obiektu zgodnie z przeznaczeniem. To zaś oznacza, że brak dokumentów w okolicznościach sprawy był brakiem istotnym a strona pozwana mogła odmówić odbioru. Takiej oceny nie zmienia fakt używania drogi przez mieszkańców w sposób nielegalny. Strona powodowa starała się oddzielić wykonanie robót budowlanych od wykonania dokumentacji

i twierdziła, że kara umowna należy się tylko w przypadku niewykonania robót budowlanych ale nie w przypadku niewykonania dokumentacji. Umowa nie pozwala jednak na formułowanie takich wniosków. Powodowa spółka zwracała też uwagę na poszczególne postanowienia protokołu z 29 maja 2012 r., które jej zdaniem miały świadczyć o dokonanym odbiorze. Protokół powinien być jednak oceniany w całości. Z faktu, że 29 maja 2012 r. strony wskazały kolejny termin odbioru, wynika, że 29 maja 2012 r. do odbioru nie doszło. Sąd pierwszej instancji zauważył, że wydarzenia po 29 maja 2012 r. wskazują, że dokumentacja w sposób prawidłowy nie została wykonana do początku lipca. Co prawda strona pozwana otrzymała kopie map zasadniczych pod koniec czerwca 2012 r., jednakże na mapach podano, że kanalizacja deszczowa została wykonana niezgodnie z projektem budowlanym. Strona powodowa w tym momencie twierdziła, że wykonała roboty zgodnie z pozwoleniem na budowę, ponieważ odstępstwo było nieistotne. W takiej sytuacji strona pozwana na własną rękę zajęła się uzgadnianiem map z zarządcami sieci i uzyskała takie uzgodnienia 2 i 3 lipca 2012 r. Następnie strona pozwana zawiadomiła właściwy organ o zakończeniu budowy i zaczęła wyjaśniać, czy usunięto inne usterki będące przeszkodą w odbiorze. O tym, że zastabilizowano graniczniki strona pozwana dowiedziała się 24 lipca 2012 r. Po tym piśmie 25 lipca 2012 r. strona pozwana zgodnie z umową zwróciła się do strony powodowej o dokonanie odbioru ostatecznego i przedłożenie kosztorysów. Strona powodowa nie odpowiedziała i dlatego 2 sierpnia 2012 r. strona pozwana wezwała stronę powodową do przystąpienia do odbioru w dniu 3 sierpnia 2012 r. Okoliczności, przez które do 3 sierpnia 2012 r. nie dokonano odbioru, obciążają powodową spółkę. Dlatego zdaniem Sądu Okręgowego stronie pozwanej przysługiwało roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 451 312,40 zł.

Odnosząc się do zarzutu strony powodowej, że jej opóźnienie zostało wywołane przez stronę pozwaną, która opóźniła się z oddaniem terenu budowy, Sąd Okręgowy uznał ten zarzut za niezasadny, ponieważ całość terenu budowy została oddana powodowej spółce na początku grudnia 2011 r. a 23 grudnia 2011 r. strony przesunęły termin wykonania robót na 18 maja 2012 r. Oznacza to, że strona powodowa zobowiązując się wykonać roboty do 18 maja 2012 r. znała przeszkodę w postaci opóźnienia w oddaniu terenu budowy. Nie może więc powoływać się na tę okoliczność dla usprawiedliwienia swojego opóźnienia. Sąd Okręgowy nie uwzględnił także zarzutu strony powodowej o bezskuteczności oświadczenia o potrąceniu wobec braku kontrasygnaty skarbnika, wskazując że przepis art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym stanowi, że jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy lub osoby przez niego upoważnionej. Z oświadczenia o potrąceniu nie powstają jednak zobowiązania pieniężne. Dlatego do złożenia takiego oświadczenia nie była potrzebna kontrasygnata skarbnika gminy.

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej. Strona pozwana wykazała, że na skutek nienależytego wykonania umowy przez powodową spółkę poniosła szkodę. Szkodą są odsetki od kredytu za czas przypadający po 29 maja 2012 r. oraz utracone dofinansowanie. Nieustalenie należności jednostki samorządu terytorialnego jest zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Strona pozwana musiała zatem naliczyć karę umowną. Naliczenie kary umownej i jej potrącenie z wierzytelnością powodowej spółki zmniejszyło dofinansowanie otrzymane przez stronę pozwaną. Utracone dofinansowanie jest co prawda mniejsze od kary umownej, jednak nie jest to argument przemawiający za miarkowaniem kary umownej. Kara umowna pełni funkcję stymulującą, ma wymusić na dłużniku należyte wykonanie zobowiązania. W okolicznościach sprawy to strona pozwana we własnym zakresie starała się, aby dokumentacja powykonawcza była prawidłowa. W tej sytuacji zmniejszanie kary umownej nie byłoby zasadne.

Reasumując Sąd Okręgowy stwierdził, że oświadczenie o potrąceniu doprowadziło do umorzenia wierzytelności powodowej spółki i jej konsorcjanta, co doprowadziło do oddalenia powództwa także na podstawie art. 498 § 2 k.c. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3, art. 99 i art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości 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. Na koszty pozwanej składa się opłata od zarzutów w kwocie 16 925 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 7200 zł i wydatki gotówkowe

pełnomocnika (opłata skarbową od pełnomocnictwa) 17 zł, razem 24 142 zł. Orzeczenie nie zwiera rozstrzygnięcia o kosztach dowodu z zeznań świadków. O tych kosztach sąd orzeknie na podstawie art. 108¹ k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła strona powodowa (...) S.A. z siedzibą w B., zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi strona powodowa zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 65 § 1 i 2 ustawy z dn. 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.) poprzez niewłaściwą wykładnię pkt 6, pkt 8 lit. b, pkt 18, pkt 20 lit. b, pkt 25 zd. 1, pkt 32, pkt 39 zd. 2, 46 lit. e umowy konsorcjum z dn. 01.04.2011 r., w ten sposób, że Sąd I instancji uznał, że umowa konsorcjum z dn. 01.04.2011r. stanowi umowę spółki cywilnej, a co za tym idzie pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. zachodzi współuczestnictwo konieczne, podczas gdy prawidłowa wykładnia oświadczeń woli stron w/w umowy prowadzi do wniosku, że w/w umowa nie odpowiada właściwościom stosunku prawnego spółki cywilnej, przez co w niniejszej sprawie nie zachodzi pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez wyciągnięcie przez Sąd I instancji błędnych wniosków z dokonanej wykładni oświadczenia woli (...) S.A. i (...) sp. z o.o. sp. k. w postaci uznania, że umowa konsorcjum z dn. 01.04.2011r. stanowi umowę spółki cywilnej, a co za tym idzie pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. zachodzi współuczestnictwo konieczne, podczas gdy prawidłowym wnioskiem winno być, że w/w umowa nie odpowiada właściwościom stosunku prawnego spółki cywilnej, przez co w niniejszej sprawie nie zachodzi pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej

3. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów.: art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwą wykładnię § 1 ust. 2 umowy z dn. 156/2011/PN z dn. 16.06.2011 r., w ten sposób, że Sąd I instancji uznał, że częścią składową przedmiotu umowy realizowanej przez powódkę było przedłożenie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej robót i sieci uzbrojenia terenu oraz kopii mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, podczas gdy przedmiotem umowy było wyłącznie wykonanie wskazanych w § 1 ust. 2 w/w umowy robót budowlanych,

4. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów art. 54 i 57 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 1994 r. Nr 89, poz. 414 ze zm.), w ten sposób, że Sąd I instancji uznał, że do zawiadomienia przez pozwaną organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy niezbędne było przedłożenie kopii mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, pomimo że w rzeczywistości ów dokument nie jest wymagany w/w przepisami do dokonania takowego zawiadomienia,

5. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów § 20 i 21 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z dnia 21 lutego 1995 r. (Dz. U. nr 25, poz. 133) mylne utożsamienie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej z dokumentacją geodezyjno-kartograficzną, oraz błędne stwierdzenie, że kopia mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej stanowi element geodezyjnej dokumentacji powykonawczej,

6. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów art. 647 w zw. z art. 643 k.c., w ten sposób, że Sąd I instancji uznał, że brak geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej robót i sieci uzbrojenia terenu oraz kopii mapy zasadniczej powstałej w wyniku geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, jak również usterki w postaci uschniętych drzewek, kolein na działce znajdującej się poza placem budowy oraz braku odtworzenia graniczników mają charakter istotny, uzasadniający odmowę końcowego odbioru robót od powódki, podczas gdy powyższy brak w dokumentacji oraz wskazane usterki mają charakter nie istotny, w związku z czym pozwana nie miała podstaw, by odmówić dokonania odbioru końcowego robót od powódki w dniu 11.06.2012 r.,

7. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 484 § 2 k.c., w ten sposób, że Sąd I instancji uznał, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest przesłanek do miarkowania naliczonej przez pozwaną kary umownej, podczas gdy spełnione zostały przesłanki jej miarkowania, tj. kara umowna w kwocie 451.312,40 zł jest rażąco

wygórowana względem całkowitej wartości robót budowlanych wykonywanych przez powódkę, a powódka wykonała zobowiązanie w całości,

8. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez pominięcie przez Sąd I instancji pkt 5.2.2. tiret 11 i pkt 6.2 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych 0-09.01.01 do umowy nr (...) z dn. 16.06.2011 r., co doprowadziło do błędnego wniosku, że uschnięte drzewa na placu budowy stanowią istotną wadę przedmiotu umowy, podczas gdy występowanie takiej okoliczności w myśl powyższych zapisów (...) nie stanowi w ogóle wady przedmiotu umowy, a usterkę usuwaną w ramach gwarancji jakości,

9. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez pominięcie pkt 1.5.1 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (...) oraz zeznań świadków powódki (tj. A. G., A. M. i W. C.), co doprowadziło do błędnego wniosku, że powódka była zobowiązana do odtworzenia graniczników na działce (...), podczas gdy pozwana nie przekazała powódce „lokalizacji punktów głównych trasy oraz reperów”, w związku z czym powódka nie była zobowiązana do odtworzenia graniczników na w/w działce,

10. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez błędne uznanie, że wpisanie przez strony do protokołów odbiorów określonych usterek przesądza o tym, że są to wady wykonanych przez powódkę robót budowlanych o charakterze istotnym, podczas gdy faktem powszechnie znanym jest, że do protokołów odbioru robót budowlanych wpisuje się wszystkie wady i usterki, zarówno te istotne, jak i nieistotne, w związku z czym nie można kwalifikować apriorycznie, jak robi to Sąd I instancji, że elementy uwzględnione w protokołach odbioru robót z dn. 29.05.2012 r. oraz 11.06.2012 r. są w pierwszej kolejności wadami w ogóle, a następnie - wadami o charakterze istotnym,

11. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia w związku pominięciem zeznań świadków A. G., A. M., W. C. i P. W. (2) oraz treści protokołu końcowego odbioru robót z dn. 29.05.2012 r., co doprowadziło do błędnego wniosku, że pozwana w dniu 29.05.2012 r. nie dysponowała dokumentacją powykonawczą wystarczającą do oceny robót budowlanych wykonanych przez powódkę pod względem ilościowym i jakościowym, podczas gdy w/w świadkowie wskazali, że komisja odbiorowa dn. 29.05.2012 r. potwierdziła, że przedmiot odbioru został wykonany w zgodzie z umową, projektem budowlanym i zaleceniami inspektora nadzoru (taką informację zawiera także w/w protokół odbioru), z czego płynie logiczny wniosek, że dysponowała niezbędną i wystarczającą dokumentacją powykonawczą do dokonania końcowego odbioru robót powódki;

12. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie w ten sposób, że Sąd I instancji nie wyjaśnił podstawy faktycznej swojego rozstrzygnięcia w sposób umożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej orzeczenia.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości, zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki zwrotu kosztów postępowania (w tym kosztów postępowania przed Sądem II instancji) wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto strona powodowa wносиła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: oświadczenia (...) sp. z o.o. sp. k. z dn. 11.07.2014 r.; faktury VAT nr (...), protokołu końcowego odbioru robót z dn. 24.10.2012 r., faktury VAT nr (...), protokołu odbioru robót dodatkowych z dn. 18.01.2012 r., faktury VAT nr (...), protokołu odbioru robót z dn. 31.08.2011 r., faktury VAT nr (...), protokołu odbioru robót z dn. 30.09.2011 r., faktury VAT nr (...), protokołu odbioru robót z dn. 31.10.2011 r., faktury VAT nr (...), protokołu częściowego odbioru robót (nr(...)) z dn. 31.01.2012 r., kosztorysu powykonawczego (częściowego) do w/w protokołu, faktury VAT nr (...), protokołu częściowego odbioru robót (nr(...)) z dn. 30.04.2012 r., kosztorysu powykonawczego (częściowego) do w/w protokołu, faktury VAT nr (...), protokołu częściowego odbioru robót (nr(...)) z dn. 30.08.2012 r., kosztorysu powykonawczego (częściowego) do w/w protokołu, zbiorczego rozliczenia płatności na rzecz (...) Sp. z o.o. sp. k., potwierdzenia przelewu wykonanego dn. 15.11.2011 r. (...), potwierdzenia przelewu wykonanego dn. 05.12.2011 r., potwierdzenia przelewu wykonanego dn. 21.02.2012 r. (...)(...), kompensaty z dn. 14.09.2011 r., kompensaty z dn. 28.10.2011 r., kompensaty z dn. 02.11.2011 r., kompensaty z dn. 03.02.2012 r., kompensaty z dn. 09.05.2012 r.,

kompensaty z dn. 26.09.2012 r., kompensaty z dn. 29.10.2013 r., kompensaty z dn. 21.07.2014 r., kompletnego rozliczenia pomiędzy (...) S.A. a (...) sp. z o.o. sp. k., aneksu do umowy konsorcjum z dn. 11.07.2014 r. na okoliczność zaspokojenia w całości przez (...) S.A. wierzytelności (...) sp. z o.o. sp. k. z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w ramach umowy nr (...), braku majątku wspólnego konsorcjum (...) S.A. i (...) sp. z o.o. sp. k. Powódka wskazała, że potrzeba powołania wnioskowanych dowodów pojawiła się dopiero na obecnym etapie postępowania w związku z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 maja 2014 r., sygn. akt IX GC 125/13, gdzie Sąd I instancji nieprawidłowo uznał, że konsorcjum (...) S.A. i (...) sp. z o.o. sp. k. posiada majątek wspólny i stanowi spółkę cywilną, a co za tym idzie - pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. zachodzi w niniejszym postępowaniu współuczestnictwo konieczne, natomiast część wnioskowanych dowodów stało się możliwe dopiero w chwili obecnej, w związku z faktem, że owe dokumenty powstały po ogłoszeniu wyroku Sądu I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny, które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Ocena ta odpowiada wymogom określonym w art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z którymi sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”, a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (post. SN z dn. 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, LEX nr 80266 post. SN z dn. 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, LEX nr 80267). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Tylko w przypadku wykazania, że brak jest powiązania, w świetle kryteriów wyżej wzmiankowanych, przyjętych wniosków z zebrany materiał dowodowy, możliwe jest skuteczne podważenie oceny dowodów dokonanej przez sąd; nie jest tu wystarczająca sama polemika naprowadzająca wnioski odmienne, lecz wymagane jest wskazanie, w czym wyraża się brak logiki lub uchybienie regułom doświadczenia życiowego w przyjęciu wniosków kwestionowanych. (wyrok SN z dn. 27 września 2002 r. IV CKN 1316/00 – lex nr 80273). Z przedstawionych względów nie mogły więc odnieść skutku zarzuty apelującego co do oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd pierwszej instancji i ustalonych w jej wyniku faktów.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazał, że stronie powodowej nie przysługuje w sprawie niniejszej legitymacja czynna do wystąpienia o zapłatę wynagrodzenia w związku z wykonaniem umowy, jaką ze stroną pozwaną zawarła obok strony powodowej także Spółka (...) Spółka z o. o. Spółka Komandytowa, w ramach umowy konsorcyjnej. W kwestii tej co prawda występują w orzecznictwie rozbieżności, na które zwrócił uwagę Sąd pierwszej instancji, jednakże przeważają poglądy ostatecznie przyjęte przez Sąd Okręgowy. Sąd Apelacyjny stanowisko tego Sądu co do braku legitymacji czynnej po stronie powodowej Spółki akceptuje uznając za prawidłowe. Przepis art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2013.907) przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia, którzy w takim wypadku powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu, tj. w szczególności do składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, oświadczeń i zawiadomień albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnik taki uprawniony jest także do reprezentacji biernej - przyjęcie przez niego oświadczenia lub zawiadomienia rodzi skutki dla wszystkich konsorcjantów. (art. 23 ust. 2 p.z.p.). Według art. 23 ust. 3 p.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 2 pkt 11) p.z.p. wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu

sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10 – lex nr 602808; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r. KIO/UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170; wyrok Sądu Najwyższego z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, lex nr 1350061).

W wyroku z dnia 13 października 2011 r. w sprawie V CSK 475/10 (LEX nr 1108492) Sąd Najwyższy stwierdził, że „art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum.” Wynika to przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 art. 23 p.z.p., o której wyżej była mowa, bowiem to nie konsorcjant, lecz wszyscy wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum na gruncie tej ustawy nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), ale raczej „sumą pojedynczych wykonawców”. (E.Grabowska-Szweicer „Konsorcjum, czyli jak wspólnie zdobyć zamówienie publiczne” -Zam.Pub.Dor. 2009/11/4-17).

Należy też zwrócić uwagę, że art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia. Z tego punktu widzenia treść umowy zawartej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie ma istotnego znaczenia. Istota takiej umowy (konsorcjum) wyraża się w zobowiązaniu uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań mających na celu wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Dlatego z jurydycznego punktu widzenia umowa konsorcjum jest bliska umowie spółki uregulowanej przepisami kodeksu cywilnego. Jakkolwiek osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych, to jednak trafnie Sąd Okręgowy podniósł, że wniesienie wkładów nie jest koniecznym elementem spółki cywilnej. W konsorcjum osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez jego członków nie oznacza konieczności wniesienia wkładów oraz nie powoduje powstania wspólnego majątku konsorcjantów. (por. E. Nowicki „Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia” Zam.Pub.Dor. 2007/10/33-39). Nawet jeśli w skład majątku konsorcjum wchodzi wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty, jak to przyjmuje Sąd Okręgowy, wbrew zarzutom apelującego sposób podziału tego wynagrodzenia pomiędzy konsorcjantów nie ma tu znaczenia. Dla oceny legitymacji czynnej nie ma też znaczenia, czy umowa konsorcjum spełnia ściśle przesłanki umowy spółki cywilnej czy też jest do niej jedynie zbliżona, poza sporem pozostaje bowiem odpowiednie stosowanie do niej przepisów o spółce cywilnej (art. 860 i nast. k.c.). Wykonawcy stanowiący konsorcjum (konsorcjanci) składają wspólną ofertę, a strony umowy są adresatem norm prawnych i podmiotem wszelkich praw i obowiązków. Skoro w niniejszej sprawie strona powodowa nie wystąpiła także w imieniu drugiego konsorcjanta, jako jego pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie była ona podmiotem legitymowanym do dochodzenia pozostałej części wynagrodzenia.

Sąd Apelacyjny pominął wnioski dowodowe zgłoszone w apelacji uznając, że brak było podstaw do ich uwzględnienia. Uregulowanie zawarte w art. 381 k.p.c. jest wyrazem dążenia do koncentracji materiału dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Niemożność powołania faktów i dowodów zachodzi zarówno wtedy, gdy brak wiadomości o tych faktach i dowodach przed zamknięciem rozprawy przed sądem pierwszej instancji, jak i wtedy, gdy strona nie była w stanie skorzystać ze znanych jej faktów i dowodów z przyczyn od niej niezależnych, np. na skutek przyjęcia przez sąd błędnej koncepcji rozstrzygnięcia lub też wskutek określonego przebiegu procesu (tak Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 30 czerwca 2000 r., II UKN 620/99, OSNAPiUS 2002, nr 1, poz. 29 i z dnia 17 lutego 2004 r., III CK 226/02, Lex nr 163995. Por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 19 kwietnia 2007 r., III CZP 162/06, OSNC

2008, nr 4, poz. 10). Zarzut braku legitymacji czynnej strony powodowej był przedmiotem zarzutów do nakazu zapłaty, złożonych przez stronę pozwaną, zatem wszelkie dowody na obalenie tego zarzutu powinny być powołane niezwłocznie, w odpowiedzi na te zarzuty (zob. wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2002 r., IV CKN 980/00, LEX nr 53922). Strona powodowa nie może zasadnie twierdzić, że dowiedziała się o kwestii braku legitymacji czynnej dopiero z uzasadnienia zaskarżonego wyroku gdyż już w sądzie pierwszej instancji powstała potrzeba powołania się przez stronę na te fakty i dowody, które tej legitymacji dotyczą. Występujący w art. 381 k.p.c. zwrot: „potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody wynika później” nie może być pojmowany w ten sposób, że „potrzeba” ich powołania może wynikać jedynie z tego, iż rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji jest dla strony niekorzystne, gdyż takie pojmowanie art. 381 k.p.c. przekreślałoby jego sens i rację istnienia (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 640/98, OSNAPiUS 2000, Nr 10, poz. 389; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., V CKN 1269/00, LEX nr 569112). Należy także podkreślić, że zastosowanie art. 381 k.p.c. aktualizuje się jedynie przy założeniu, że nowe fakty i dowody mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.). Z przyczyn wskazanych powyżej, wnioskowane dowody, w tym dokumenty, które powstały już po wydaniu zaskarżonego wyroku, nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Strona powodowa wnosila o ich przeprowadzenie w celu obalenia stanowiska Sądu pierwszej instancji, że konsorcjum spółek (...) S.A. i (...) sp. z o.o. posiada majątek wspólny i stanowi spółkę cywilną, a co za tym idzie - pomiędzy powódką a (...) sp. z o.o. zachodzi w niniejszym postępowaniu współuczestnictwo konieczne. Jak jednak wyżej wskazano, okoliczność, czy przedmiotowe w sprawie konsorcjum spełnia przesłanki spółki cywilnej czy też jest do niej jedynie zbliżone, nie ma dla oceny legitymacji czynnej w procesie o zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania umowy zawartej w drodze zamówienia publicznego, doniosłości prawnej bowiem w każdym z tych przypadków legitymacja czynna przysługuje obydwóm wykonawcom a ich współuczestnictwo jest konieczne.

W tych okolicznościach, wobec braku legitymacji czynnej powódki, bezprzedmiotowe staje się odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji naruszenia prawa procesowego i materialnego.

Mając na uwadze powyższą argumentację Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., oddalił apelację.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 98 § 1 i 3, art. 99 i art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości 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 (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).