

Niniejszy dokument nie stanowi doręczenia w trybie art. 15 zzs<sup>9</sup> ust. 2 ustawy COVID-19 (Dz.U.2021, poz. 1842)

Sygn. akt I AGa 22/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 grudnia 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

|                 |                      |
|-----------------|----------------------|
| Przewodniczący: | SSA Józef Wąsik      |
| Protokolant:    | Krzysztof Malinowski |

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2022 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) (Niemcy)

przeciwko (...) S.A. w K.

przy interwencji ubocznej po stronie pozwanej (...) S.A.  
w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej i interwenienta ubocznego

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 17 listopada 2020 r. sygn. akt IX GC 1155/18

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu brzmienie:**

**„I. oddala powództwo;**

**II. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej oraz na rzecz interwenienta ubocznego kwoty po 10.817 zł (dziesięć tysięcy osiemset siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu.”;**

**2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej oraz na rzecz interwenienta ubocznego kwoty po 23.112 zł (dwadzieścia trzy tysiące sto dwanaście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I A Ga 22/21

## UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo (...) które na podstawie pisemnej umowy z 14 marca 2008 r. z nieuczestniczącym w sporze przedsiębiorstwem (...) SA (aktualnie w upadłości) realizowało dostawę i montaż zabezpieczenia ognioochronnego

w ramach inwestycji p.n.(...)”, domagało się od innego uczestnika konsorcjum (...)SA w K.zasądzenia kwoty 300 237,44 zł z odsetkami ustawowymi od 15 października 2014 r., stanowiącej resztę wynagrodzenia zatrzymanego przez zamawiającego na poczet kaucji gwarancyjnej.

Strona pozwana wnosila o oddalenie powództwa, podnosząc między innymi zarzut braku legitymacji i przedawnienia roszczenia.

Do sprawy po stronie pozwanej przystąpił interwenient uboczny (...) SA (wcześniej Agencja (...) SA), która była inwestorem.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z 17 listopada 2020 r.:

I. zasądził od strony pozwanej (...) SA w K. na rzecz strony powodowej (...) (Niemcy) kwotę 300 237,44 zł z ustawowymi odsetkami od 15 października 2014 r. do 31 grudnia 2015 r.i ustawowymi za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej koszty procesu w kwocie 27 339,70 zł.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Interwenient działający na rzecz Gminy Miejskiej K. jako inwestora zastępczy zadania pod nazwą (...), powierzył realizację robót budowlanych w trybie zamówienia publicznego trzem przedsiębiorstwom: (...) SA,(...) SA i (...) spółce z o.o. (bezsporne).

Wymienione podmioty przed przystąpieniem do negocjacji sporządziły w dniu 27 marca 2007 r. dokument, który nazwały Umową konsorcjum.

Jak wynika brzmienia umowy uzgodniły wspólne ubieganie o uzyskanie zamówienia na pełnienie funkcji generalnego wykonawcy inwestycji.

Wobec osiągnięcia tego celu (...) SA i (...) SA sporządziły w dniu 14 sierpnia 2007 r. umowę oznaczoną numerem (...).

Spółki uzgodniły zakresy robót obciążające każdą z nich oraz (...) spółka z o.o. Nastąpiło to przez określenie procentowego udziału w wartości całej inwestycji. Dodatkowo (...)SA przyjęła na siebie obowiązek reprezentacji w stosunkach z zamawiającym.

(...) SA część z obciążających go robót, a mianowicie dostawę i montaż systemu zabezpieczenia ognioochronnego konstrukcji powierzył na podstawie umowy z dnia 14 marca 2008 r. powodowej spółce (...). Jak wynika z brzmienia § 5 strony uzgodniły zabezpieczenie należytego wykonania robót budowlanych, a ponadto obowiązków wynikających z rękojmi oraz gwarancji, której okres ustalono na 62 miesiące, w wysokości 10% wartości kontraktu.

Z dowodów z załączonej do akt dokumentacji budowy i dokumentacji finansowej, które przeprowadzono z pomocą biegłego R. M., wynika, że strona powodowa wykonała dzieło w sposób należyty, zostało ono odebrane przez (...)w dniu 24 lipca 2009 r., a należne wynagrodzenie wyniosło 6 004 748,88 zł.

Dowód: opinia biegłego R. M.

Wykonawca, który uważa za zasadne wynagrodzenie w niższej wysokości, a mianowicie 5 341 459,94 zł, domaga się reszty w kwocie 300 237,44 zł jakiej nie uzyskał dotychczas od zamawiającego, płatnej zgodnie z treścią § 5 umowy po upływie gwarancji, czyli z dniem 14 października 2014 r.

Przed upływem trzech lat od tej daty powód wystąpił przeciwko pozwanej spółce na drogę sądową z wnioskiem o zawiązanie do próby ugodowej.

(...) SA, na zlecenie której przedsiębiorstwo (...) wykonywało inne od będących przedmiotem sporu roboty budowlane na inwestycji, nie uiściła w żadnej części zapłaty za przedmiot umowy z 14 marca 2008r. zlecony(...) SA. (bezsporne).

Sąd przeprowadził następujące rozważania:

Istotą umowy o roboty budowlane, którą zawarli pozwany i nieuczestniczące w sprawie spółki(...)i (...) z interwenientem, jest w świetle art. 647 k.c. niepodzielność świadczenia niepieniężnego, które polega na jednorazowym oddaniu całego obiektu. Zatem na podstawie art. 380 § 1 k.c. wykonawcy pełniący wspólnie funkcję generalnego wykonawcy byli zobowiązani solidarnie względem zamawiającego (inwestora). W celu wywiązania się z kontraktu z inwestorem uzgodnili zasady współdziałania; każda z nich miała wykonać oznaczoną część robót koniecznych do zrealizowania inwestycji, a pozwany był dodatkowo obciążony obowiązkiem reprezentacji w kontaktach z zamawiającym w celu uzyskania od niego zapłaty.

Powyższe postanowienia, zdaniem Sądu Okręgowego odpowiadają zdaniem Sądu Okręgowego naturze spółki cywilnej (art. 860 i nast. k.c.). Wspólnicy zobowiązali się bowiem do współdziałania polegającego na wniesieniu wkładów w postaci środków i kompetencji wynikających z prowadzenia działalności gospodarczej oraz na współdziałaniu polegającym na wykonywaniu robót. Ich wspólny majątek stanowiła wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia, przysługująca przeciwko zamawiającemu.

Wykonanie części inwestycji (...)SA powierzył powodowemu przedsiębiorstwu na podstawie umowy, którą ze względu na przedmiot należy zakwalifikować jako umowę o roboty budowlane (art. 647(1) kc), ale ze względu na podmioty jako umowę o dzieło (art. 627 kc). Okres przedawnienia roszczeń z tego stosunku prawnego, który ma charakter mieszany, wynosi na podstawie art. 118 k.c. trzy lata.

Kodeks cywilny nie wiąże żadnych skutków prawnych z oświadczeniami o udzieleniu zabezpieczenia przez wykonawcę dzieła, lub wykonawcę robót budowlanych. Skuteczne jest jedynie postanowienie o udzieleni gwarancji zapłaty przez inwestora (art. 649(1), 649(3) i 649(4) k.c.).

Nie zmienia tego art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych, który co prawda upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale stanowi normę o charakterze administracyjnym. W związku z tym wymieniony przepis powinien być interpretowany wyłącznie jako legitymizacja zastrzeżenia w umowie warunku, polegającego na złożeniu przez wykonawcę stosownego zabezpieczenia (art. 89 i 94 k.c.).

Strona powodowa i (...)SA nie zastrzegły warunku, ale ustaliły odroczenie termin płatności części wynagrodzenia do 14 października 2009 r. Takie postanowienie, należące w świetle art. 455 k.c. do kategorii naturalia negotii, stało się skuteczne.

Z dniem 14 października 2009 r. rozpoczął bieg trzyletni okres przedawnienia roszczenia z art. 647 i 627 k.c., który został przerwany we wrześniu 2017 r. (art. 123 i 124 kc).

Za zapłatę wynagrodzenia strona pozwana jest zobowiązana solidarnie z pozostałymi współnikami, co wynika z art. 864 k.c.

Zatem uwzględniono powództwo w zakresie roszczenia głównego i odsetek, dochodzonych od daty wezwania do zapłaty ( art. 481 par. 1 i 455 kc).

Kosztami procesu obciążono stronę pozwaną na zasadzie art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana oraz interwenient uboczny:

**Strona pozwana** zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

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

1) art. 235 § 1 i § 2 k.p.c., art. 205 (12) § 2 w związku z art. 227 k.p.c. przez bezpodstawne pominięcie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność dokonania ustaleń w zakresie wzajemnych rozliczeń płatności, z tytułu zapłaty wynagrodzenia przez(...) S.A. (dalej: (...));

2/ art. 231 k.p.c. przez przyjęcie przez Sąd faktu, że wynagrodzenie należne powodowi za wykonane roboty budowlane nie zostało wypłacone w całości, mimo że wniosku takiego nie można wyprowadzić z innych ustalonych faktów;

3/ art.231 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że z faktu przedłożonych przez powoda dowodów w postaci przelewów bankowych (...)z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia można domniemać, że powód otrzymał należną mu kwotę wynagrodzenia jedynie w formie przelewów bankowych, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, iż (...)zalegał powodowi w zapłacie wynagrodzenia w kwocie 300.237,44 zł, podczas gdy strony w zawartej umowie (...), poza płatnościami w formie przelewów bankowych wprowadziły do swoich rozliczeń także realizację wzajemnych płatności w formie umownego potrącenia wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia z wierzytelnościami (...)z tytułu zapłaty kaucji gwarancyjnej, czego Sąd nie wziął pod uwagę;

4/ art.232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód wywiązał się z nałożonego przez Sąd obowiązku udowodnienia okoliczności, z której wywodzi skutki prawne, iż nie otrzymał pełnej kwoty należnego mu od (...)wynagrodzenia, podczas gdy powód przedłożył jedynie przelewy bankowe, pomijając zapłatę wynagrodzenia w formie potrącenia umownego, będącego skutkiem zawartej umowy i Sąd nie zobowiązał powoda do wskazania tych dowodów a powinien był dopuścić z urzędu dowód nie wskazany przez powoda;

5/ art.233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem jego istotnych części, tj. dokumentów w postaci: 1) oświadczenia powoda na str. 5 pozwu, że doszło do potrącenia kwoty 600.474,84 zł brutto (10 % wynagrodzenia z umowy). Z kwoty 600.474,84 zł brutto potrąconej kaucji, zwrócono powodowi połowę tej kwoty. Druga połowa kaucji gwarancyjnej w wysokości 300.237,44 zł brutto nie została jednak, jak oświadczył powód, zwrócona do dnia dzisiejszego włącznie; 2) oświadczenia M. F. syndyka masy upadłościowej (...)z dnia 8 września 2017 r., w którym stwierdził iż, Spółka (...) zgłosiła swoją wierzytelność z tytułu kaucji w kwocie 300.237,44 zł, oraz że wierzytelność ta została wpisana na liście wierzytelności pod tytułem wierzytelności z tytułu kaucji gwarancyjnej i zatwierdzona została przez sędziego-komisarza sądu upadłościowego; 3) oświadczenia (...) sp. z o.o. oddział w Polsce, który stwierdził, że wszystkie wymagalne należności wynikające z umowy (...) z dnia 14.03.2008 r. zawartej z (...) S.A. zostały wypłacone; co wskazuje, że (...)zalegał powodowi ewentualnie z zapłatą kaucji gwarancyjnej, a nie z zapłatą wynagrodzenia, a powyższych dowodów, znajdujących się w aktach sprawy, Sąd nie wziął pod uwagę;

6/ art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie z dowodu w postaci umowy konsorcjum faktu wniesienia przez członków konsorcjum wkładów do spółki cywilnej, pomimo że nie wskazują na to ani treść zawartej umowy konsorcjum, ani inne stany faktyczne. Sąd zasadę swobodnej oceny dowodów zamienił na dowolną zasadę oceny dowodów;

7/ art. 233 § 1 i 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, polegającej na pełnym pominięciu dla oceny dokonanych płatności zapłaty wynagrodzenia przez (...)w formie potrącenia umownego wynikającego z treści umowy (...) z dnia 14.03.2008 r., a w konsekwencji błędnym przyjęciu, że powód nie otrzymał należnego mu wynagrodzenia w kwocie 300.237,44 zł;

8/ art. 327 (1) § 1 pkt. 1) k.p.c. poprzez niewskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, dowodów na których Sąd się oparł i przyczyn, dla której Sąd odmówił mocy dowodowej dowodowi z oświadczenia Dyrektora oddziału powoda z dnia 30 października 2009 r., że powód otrzymał od (...)pełną kwotę należnego mu wynagrodzenia oraz dowodowi z oświadczenia powoda w pozwie (str. 5), że druga połowa kaucji gwarancyjnej w wysokości 300.237,44 zł brutto nie została, zwrócona do dnia dzisiejszego oraz z oświadczenia syndyka masy upadłości (...)z dnia 8 września 2017 r., że powód wystąpił z wnioskiem o umieszczenie wierzytelności z tytułu niezwróconej kaucji gwarancyjnej w kwocie 300.237,44 zł i wierzytelność ta została wpisana na listę wierzytelności i zatwierdzona przez sędziego komisarza sądu

upadłościowego, jak i przyczyn, dla których odmówił mocy dowodowej z umowy (...) z dnia 14.03.2088 r. zawartej przez powoda z (...)dotyczącej umownego potrącenia wzajemnych wierzytelności;

9) art. 327 (1) § 1 pkt. 1) k.p.c. polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dowodów, nie wskazania konkretnych zapisów zawartych w umowie konsorcjum, na których Sąd się oparł, rozstrzygając że członkowie konsorcjum zawarli umowę spółki cywilnej;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1/ art.860 §1 k.c. poprzez jego bezzasadnie zastosowanie z powodu błędnego przyjęcia przez Sąd, że przedmiotowa umowa konsorcjum wiążąca jego członków jest umową spółki cywilnej, na co nie wskazuje ani treść zawartej umowy konsorcjum, jak i sposób jej wykonywania, nie wynika też z niej, aby strony umowy ustanowiły odrębne od poszczególnych członków konsorcjum przedsiębiorstwo i odrębny od jego członków majątek wspólny, aby powstały więzi organizacyjne i majątkowe charakterystyczne dla spółki cywilnej;

2/ art. 864 k.c. poprzez jego bezzasadne zastosowanie z powodu błędnego przyjęcia, że pozwany będąc członkiem konsorcjum ponosi solidarną odpowiedzialność wobec powoda jako współnik spółki cywilnej;

3/ art. 123 § 1 pkt 1) k.c. w związku z art. 124 i art. 118 k.c. poprzez uznanie, że doszło do przerwania biegu przedawnienia, a tym samym przedmiotowe roszczenie nie uległo przedawnieniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje według norm prawem przepisanych, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

**Interwenient uboczny** zarzucił nieważność postępowania, polegającą na niedopuszczalności drogi sądowej z uwagi na fakt, iż wierzytelność z tytułu kaucji w kwocie 300 237,44 zł. została zgłoszona przez powoda do syndyka i jako uznana została umieszczona na liście wierzytelności. Dlatego wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie pozwu oraz zasądzenie od powoda na rzecz interwenienta ubocznego kosztów procesu.

W przypadku gdyby, Sąd nie podzielił zarzutu nieważności postępowania zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegający na przyjęciu iż dochodzona kwota jest częścią wynagrodzenia, a nie kaucją gwarancyjną; a w konsekwencji błędne ustalenie że powód domaga się zapłaty reszty wynagrodzenia, podczas gdy w złożonym pozwie powód wprost pisze, iż domaga się zapłaty kwot wynikających z tytułu zatrzymanej kaucji gwarancyjnej, gdyż zgodnie z zawartą umową wyłącznie do tego powód był uprawniony;

2) istotne naruszenie przepisów postępowania, a to art. 233 k.p.c. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wadliwej i dowolnej ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, jak i braku tej oceny;

4) obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków dowodowych zgłoszonych przez interwenienta powołanych na okoliczności mające istotne znaczenie dla sprawy;

5) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 205<sup>1</sup> k.p.c. w związku z art. 193 § 1 k.p.c. poprzez doręczenie rozszerzenia powództwa bez możliwości ustosunkowania się interwenienta do treści rozszerzenia powództwa;

6) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 235 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie i niewskazanie dowodów;

7) naruszenie przepisów prawa materialnego a to art. 117 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i bezpodstawne uznanie, że nie nastąpiło przedawnienie roszczenia powoda w zakresie zwrotu kwot wynikających z kaucji;

7) naruszenie przepisów prawa materialnego a to art. 647<sup>1</sup> k.c. przez uznanie, że odpowiedzialność przewidziana w tym przepisie obejmuje także roszczenia z tytułu kwot zatrzymanych przez wykonawcę, jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Mając na uwadze powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz interwenienta ubocznego kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Powód wniósł o oddalenie obu apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny** po rozpoznaniu obu apelacji zważył, co następuje:

Apelacje są uzasadnione.

Sąd Okręgowy co do zasady ustalił prawidłowo fakty, ale wyciągnął z nich błędne wnioski. Nadto stan faktyczny sprawy wymaga uzupełnienia.

Zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym Kognicja sądu apelacyjnego obejmuje zatem „rozpoznanie sprawy” i to w taki sposób, w jaki mógł i powinien to uczynić sąd pierwszej instancji. Podstawowym założeniem postępowania apelacyjnego jest dążenie do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia, opartego na materiale zebranym przez sąd I instancji i sąd odwoławczy, który musi samodzielnie ocenić całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego z uwzględnieniem faktów z zakresu notoryjności powszechnej i urzędowej, faktów przyznanych lub niezaprzeczonych a także domniemań prawnych.

W systemie dwuinstancyjnego rozpoznawania spraw cywilnych, w żywotnym interesie ustrojowym leży to, aby orzeczenia wydawane przez sąd drugiej instancji gwarantowały trafność i słuszność rozstrzygnięcia, czyli jego zgodność z prawem materialnym oraz poczuciem sprawiedliwości, temu służy m. in. szeroka swoboda jurysdykcyjna tego sądu (por. uzasadnienie uchwały 7 Sędziów z 31.01.2008 III CZP 49/07 OSN 2008 nr.6 poz. 55 której nadano moc zasady prawnej).

Merytoryczny charakter postępowania apelacyjnego sprawia, że sąd II instancji zmierza do naprawienia błędów popełnionych przez sąd I instancji; nienaprawienie tych błędów byłoby równoznaczne ze świadomym ich powieleniem w postępowaniu rozpoznawczym na wyższym szczeblu, czego – zważywszy na istotę wymiaru sprawiedliwości i cele postępowania odwoławczego- nie można zaaprobować.

Wydanie przez Sąd drugiej instancji orzeczenia reformatoryjnego o treści odmiennej od wyroku Sądu pierwszej instancji (art. 386 § 1 k.p.c.) nie stanowi więc naruszenia zasady dwuinstancyjności postępowania wynikającej z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, lecz jest konsekwencją merytorycznego charakteru postępowania apelacyjnego i wąskiego zakresu ustawowych przyczyn uzasadniających wydanie przez sąd drugiej instancji orzeczenia kasatoryjnego (art. 386 § 2 i 4 k.p.c.).

Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji (art. 378 §1 k.p.c.) na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art. 382 k.p.c.). Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów (III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz.55), której nadano moc zasady prawnej, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, co oznacza, że co oznacza m.in., że nie może brać z urzędu pod uwagę ewentualnych naruszeń prawa procesowego, o ile nie zostały one podniesione przez apelującego (poza nieważnością postępowania i nierozpoznaniem istoty sprawy, co w niniejszej sprawie nie występuje). Wadliwe zastosowanie prawa materialnego nie daje podstaw do stwierdzenia nieważności postępowania.

Apelacje zawierają zarzuty naruszenia prawa procesowego i prawa materialnego. W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów procesowych podważających ustalenia faktyczne.

Należy podzielić zarzut strony pozwanej co do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie z dowodu w postaci umowy konsorcjum faktu wniesienia przez członków konsorcjum wkładów do spółki cywilnej, pomimo że nie wskazują na to ani treść zawartej umowy konsorcjum, ani inne stany faktyczne. Sąd zasadę swobodnej oceny dowodów zamienił na dowolną zasadę oceny dowodów. Uzasadniony jest też zarzut nie wskazania konkretnych zapisów zawartych w umowie konsorcjum, na których Sąd się oparł, rozstrzygając że członkowie konsorcjum zawarli umowę spółki cywilnej.

Okoliczności faktyczne na których oparł się Sąd Okręgowy nie dają podstaw do przyjęcia, że umowa z 27 maja 2007r zatytułowana Umową konsorcjum (dalej zwana „Umową konsorcjum”) w rzeczywistości stanowi umowę spółki cywilnej. Prawidłowo bowiem Sąd ustalił, że w umowie tej uzgodniły wspólne ubieganie o uzyskanie zamówienia na pełnienie funkcji generalnego wykonawcy inwestycji. Wobec osiągnięcia tego celu (...) SA i (...) SA sporządziły w dniu 14 sierpnia 2007r. umowę oznaczoną numerem (...). Spółki uzgodniły zakresy robót obciążające każdą z nich oraz (...) spółka z o.o. Nastąpiło to przez określenie procentowego udziału w wartości całej inwestycji. Dodatkowo (...)SA przyjęła na siebie obowiązek reprezentacji w stosunkach z zamawiającym.

Bardziej szczegółowa treść Umowy konsorcjum daje dodatkowe argumenty za brakiem możliwości potraktowania tego wspólnego przedsięwzięcia jako spółki cywilnej.

Sąd Apelacyjny uzupełnił stan faktyczny o następujące okoliczności faktyczne:

Strony na wstępie stwierdziły, że ich intencją jest wspólne ubieganie się o uzyskanie od Agencji (...) SA w K. konkretnego zamówienia publicznego. W § 2 wyraźnie wskazały, że przedmiotem umowy jest określenie warunków współpracy członków konsorcjum w zakresie:

a/ uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

b/ zawarcia kontraktu w przypadku uzyskania zamówienia;

c/ warunków realizacji zamówienia zgodnie z kontraktem w tym w szczególności określenia zasad podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum i zasad udziału członków w wynagrodzeniu za wykonanie kontraktu.

Strony ustanowiły Zakłady(...)SA pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, upoważniając go m. in. do dokonywania rozliczeń z zamawiającym.

W § 3 ust. 2 d strony upoważniły wyłącznie lidera do zaciągania w imieniu i na rachunek członków konsorcjum zobowiązań do wykonania kontraktu do łącznej wysokości ceny kontraktu i za uprzednią zgodą partnera.

W § 6 w punktach 1-6 strony przyjęły solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego (inwestora) za zawarcie i wykonanie kontraktu, za zobowiązania konsorcjum oraz za wykonanie tej umowy. W ramach stosunków wewnętrznych każdy z członków konsorcjum odpowiada indywidualnie za zlecony mu przez Lidera zakres robót i wyrządzoną szkodę.

W § 8 postanowiono, że każda strona ponosi koszty związane z przygotowaniem oferty, a koszty wadium proporcjonalnie do udziału finansowego każdego z członków określonego w późniejszej umowie szczegółowej.

W umowie (...) zawartej 14.08.2007r (...) SA (k.129 i n.) jako lider i(...) (partner) szczegółowo uregulowały zakres współpracy. Postanowiono też, że partner będzie fakturować wykonany przez siebie zakres robót na lidera a ten na zamawiającego. Lider dokona przelewu środków na wskazane przez partnera konto bankowe.

Tytułem pełnienia funkcji lidera, przysługuje mu 3% wartości netto całego powierzzonego partnerowi do wykonania zakresu robót.

Z kolei odnośnie podniesionego zarzutu przedawnienia Sąd Apelacyjny ustalił:

Pozew w niniejszej sprawie o zapłatę kwoty 75.001 zł z odsetkami od 15.10.2014r wniesiono 9 listopada 2018r. Powództwo rozszerzono o 225.236,44 zł w piśmie wniesionym 18 września 2020r. z odsetkami od 15.10.2014r (k.447).

Zgodnie z § 5 umowy stron zamawiający (...) (odbiorca) potrąci z tytułu zabezpieczenia swoich roszczeń z gwarancji i rękojmi 10% wartości brutto przedmiotu umowy. 50% tej kwoty zostanie zwrócona po upływie 35 dni od odbioru zadania, a pozostała część w ciągu 20 dni po upływie okresu rękojmi/gwarancji wynoszącego 62 miesiące (5 lat i dwa miesiące) na pisemny wniosek dostawcy.

Odbiór prac nastąpił 24 lipca 2009r. Okres 62 miesięcy upłynął 24 września 2014r , a kolejne 20 dni – **14 października 2014r.**

W dniu 25 września powód mógł złożyć wniosek o zwrot zatrzymanej („potrąconej”) części wynagrodzenia o jej wypłatę w terminie do 10.10.2014r.

Trzyletni okres przedawnienia rozpoczął zatem bieg od 15 października 2014r i upłynąłby 15 października 2017r.

Jednak w dniu 19 września 2017r wpłynął do Sądu Rejonowego dla K.w K.wniosek powoda o zawezwanie do próby ugodowej Inwestora oraz dwóch uczestników konsorcjum, a to (...) sp. z o.o. w K. oraz (...) SA w K..

Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej wniesiony 19 listopada 2014r dotyczył tylko inwestora z powołaniem się na art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. (k.610).

Ustalone fakty wynikając z powołanych dokumentów, których autentyczność nie była kwestionowana przez strony.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak podstaw do uznania roszczenia powoda za przedawnione. Sąd nie podziela stanowiska pozwanego, że wniosek o zawezwanie do próby ugodowej z 19 września 2017r stanowi nadużycie prawa z uwagi na poprzedzający go wniosek z 19 listopada 2014r, skoro ten drugi wniosek dotyczył innego podmiotu oraz innej podstawy faktycznej i prawnej.

Niemniej powództwo w niniejszej sprawie podlega oddaleniu, gdyż powód nie udowodnił okoliczności faktycznych pozwalających na uznanie, że uczestnicy konsorcjum zawierając umowę w dniu 27 maja 2007r zawarli w istocie umowę spółki cywilnej lub inną umowę nienazwaną na tyle podobną do umowy spółki cywilnej, że powinny do niej znaleźć odpowiednie zastosowanie przepisy o odpowiedzialności wspólników spółki cywilnej czyli osobistej odpowiedzialności każdego wspólnika całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki, czyli pozostałych wspólników (art. 664 § 1 k.c.).

Brak też innego przepisu ustawy, który by statuował solidarną odpowiedzialność uczestników konsorcjum za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich, choćby był liderem tego porozumienia, ale działał w imieniu własnym a nie w imieniu całego konsorcjum na podstawie posiadanego pełnomocnictwa.

Członkowie konsorcjum, wspólnie wykonujący zamówienie publiczne w trybie art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych są dłużnikami solidarnymi ale względem zamawiającego, albowiem art. 141 tej ustawy kreuje jedynie odpowiedzialność solidarną konsorcjantów jako dłużników zamawiającego. Orzecznictwo sądowe i nauka prawa nie mają w tym względzie wątpliwości. Odwoływanie się przez powoda do przykładów orzeczeń sądowych w odpowiedzi na pozew wprowadza w błąd, gdyż sprawy w których zostały wypowiedziane przytoczone poglądy dotyczyły odpowiedzialności członków konsorcjum wobec inwestora. Takie samo stanowisko zajmuje J. Pieróg w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych , Wydanie 15, Warszawa 2019r, Legalis) w uwagach do art. 141 tej



ustawy. Odwoływanie się do poglądów wyrażonych na tle art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. o solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy jest nieadekwatne do okoliczności sprawy. Wszak powód nie wywodził odpowiedzialności pozwanego z zasad odpowiedzialności inwestora opartej na art. 647<sup>(1)</sup> § 1 k.c.

Inwestor nie stał się stroną niniejszego postępowania, gdyż Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku powoda o dopozwanie tego podmiotu do sprawy. Dopiero z chwilą wydania przez sąd postanowienia o wezwaniu do udziału w sprawie w charakterze pozwanego wezwany podmiot staje się stroną postępowania. Pozwany widząc, że Sąd nie uwzględnił jego wniosku powinien wytoczyć odrębne powództwo przeciwko inwestorowi.

W wyroku z 23.09.2016r, II CSK 27/16 Sąd Najwyższy wyjaśnił, że umowa konsorcjum została ukształtowana przez praktykę jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego, na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Podstawą powołania konsorcjum jest umowa o wspólne działanie partnerów samodzielnie i autonomicznie występujących w obrocie, przy zawieraniu której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymaganiem zachowania formy organizacyjno-prawnej. Zróżnicowanie stanów faktycznych i prawnych uniemożliwia jednolitą kwalifikację prawną konsorcjum.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z 6 marca 2015r, III CZP 113/14 (nie publ.) wyjaśniono, że konsorcjum może być spółką cywilną, stanowić jej podtyp lub mieć charakter samodzielny. Za charakterem samodzielnym przemawia zwykle brak majątku wspólnego, więzi organizacyjnych oraz tymczasowy charakter współpracy. Taka właśnie sytuacja występuje w niniejszej sprawie.

W nauce prawa wypowiedziano zasadny pogląd, że o tym, czy ma miejsce umowa konsorcjum, czy umowa spółki cywilnej powinna rozstrzygać wola samych stron umowy. Zasad swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. powinna być bezwzględnie przestrzegana. Jeśli zatem strony postanowią związać się umową konsorcjum, to ich wolę należy uszanować i nie imputować im zawarcia umowy spółki cywilnej, tym bardziej, że do jej zawiązania niezbędne jest *affectio societatis*. Oprócz wspólnego celu stworzenie majątku wspólnego przesądza o utworzeniu spółki cywilnej. Przy braku majątku wspólnego konsorcjum może być uznane za spółkę, jeżeli umowa przewiduje, że partnerzy pozbawieni są samodzielności działania lub działają na wspólny rachunek albo ponoszą wspólne ryzyko ekonomiczne (tak. prof. Jan Lic, PZP 2015, Nr 4).

W niniejszej sprawie strony konsorcjum nie stworzyły wspólnego majątku, partnerzy zachowali samodzielność w realizacji swojego zakresu robót i mogli w swoim imieniu zawierać umowy z podwykonawcami. Tak postąpił (...) SA zawierając umowę ze stroną powodową w dniu 14 marca 2008r (k.33). W umowie tej nawet nie zaznaczono, że (...)SA działała jako członek konsorcjum z pozwaną czy (...) SA, nie mówiąc o tym by stwierdzono, iż zaciąga zobowiązanie w imieniu konsorcjum albo posiada pełnomocnictwo.

Zatem zakwalifikowanie umowy o wspólne przedsięwzięcie jako umowy spółki cywilnej zostało dokonane wbrew zapisom zawartym w umowie konsorcjum. Przedmiotowa umowa konsorcjum nie powołała nowej jednostki organizacyjnej, ani nie tworzyła żadnych struktur organizacyjnych a jedynie zasady wzajemnej współpracy członków konsorcjum w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, nie zobowiązywała jej uczestników do wniesienia wkładów.

Nadto w doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym reprezentacja wspólnika spółki cywilnej stanowi przedstawicielstwo ustawowe. Wprowadzanie w związku z tym wymogu ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jasno dowodzi, że zdaniem ustawodawcy, wykonawców tych łączyć może inny stosunek prawny niż spółka cywilna. Członkowie przedmiotowego konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w celu zawarcia umowy z zamawiającym byli reprezentowani wobec zamawiającego przez pełnomocnika w oparciu o przepisy art. 23 ustawy o zamówieniach publicznych. Natomiast w umowach spółki cywilnej zasady reprezentacji określa art. 866 k.c. który stanowi, że każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki.

Nie można domniemywać, że każde konsorcjum stanowi spółkę cywilną. Jeśliby pomiędzy podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego zawsze nawiązywany był stosunek spółki cywilnej, to przepisy art. 23 ustawy o zamówieniach publicznych byłyby zbędne. Tak te, które wymagają wyznaczenia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu, jak i przepisy art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych, przewidującego solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Uczestnicy umowy konsorcjum nie ponoszą solidarnej odpowiedzialności względem zamawiającego na podstawie art. 864 k.c. lecz na podstawie art. 141 ustawy o zamówieniach publicznych i jest to odpowiedzialność solidarna jedynie względem zamawiającego, natomiast odpowiedzialność z art. 864 k.c. jest szersza. Z Umowy konsorcjum nie wynika solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum względem osób trzecich.

Szerokie traktowanie umowy konsorcjum jako spółki cywilnej prowadziło też do naruszenia zasady odpowiedzialności kontraktowej związanej z zawarciem umowy z konkretnym podmiotem i przerzuceniem tej odpowiedzialności oraz ryzyka ekonomicznego na osobę trzecią, która nie miała wpływu na treść zawartej umowy ani sposób jej realizacji.

Nie uzasadnione są natomiast pozostałe zarzuty obu apelacji.

Nie ulega wątpliwości, że powód dochodzi w niniejszej sprawie reszty wynagrodzenia, którego nie zapłacił (...)SA. Wynika z § 5 umowy nr (...) z 14 marca 2008r (k.35).

Umowa kaucji gwarancyjnej jest zwykle odrębną umową, gdyż w zasadzie reguluje stosunek prawny już po wykonaniu umowy o roboty wynikające z podstawowego kontraktu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2016 r., I CSK 137/15). Nie oznacza to jednak automatycznie, że każde zastrzeżenie zabezpieczenia, nawet nazwane zgodnie przez strony kaucją, ustanowione między stronami, powinno być traktowane jako wynikające z umowy kaucji traktowanej jako osobny stosunek prawny. Oceny w tym zakresie należy dokonywać indywidualnie, po analizie treści konkretnego stosunku prawnego.

Po pierwsze, należało zauważyć, że strony nie zawarły odrębnej umowy kaucji, a jedynie w umowie zastrzegły zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu umowy. Zabezpieczenie to zostało udzielone przez podwykonawcę w kwocie 10% ceny brutto wykonania przedmiotu umowy. Zabezpieczeniem należytego wykonania przedmiotu umowy miała być wierzytelna gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa. Strony zastrzegły, że w przypadku niewniesienia takiego zabezpieczenia, zamawiający będzie zatrzymywał na poczet zabezpieczenia 10% wartości brutto przedmiotu umowy, czyli wartości umówionego wynagrodzenia. Same strony zatem odwołały się w istocie do wynagrodzenia. Skoro już w umowie zawarto takie zastrzeżenie, oznacza to, że strony pośrednio godziły się na to, że żadne środki nie zostaną faktycznie na ten cel przekazane przez wykonawcę, a jedynie będą „potrącone” czyli zatrzymane jako część wynagrodzenia. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko dominujące w orzecznictwie Sądu Najwyższego i zbieżne z nim stanowiska sądów administracyjnych, że kaucja gwarancyjna zatrzymywana przez inwestora stanowi część wynagrodzenia wykonawcy (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 r., V CSK 316/08). Strony nie składały natomiast oświadczeń o potrąceniu należności z tytułu rzekomej umowy kaucji z należnością z tytułu wynagrodzenia. Doszło jedynie do zatrzymania określonych środków na zabezpieczenie prawidłowości wykonania umowy, co stanowi powszechną praktykę rynku robót budowlanych. W ocenie Sadu Apelacyjnego powyższe świadczy, że między wykonawcą a powodem nie doszło do zawarcia umowy kaucji ani do nowacji, a jedynie wykonawca i inwestor postanowili jedynie, iż pewna część wynagrodzenia jest zatrzymywana przez inwestora do momentu wskazanego w umowie. Zatrzymane kwoty są zatem elementem wynagrodzenia należnego powodowi.

Odnosnie oświadczenia powoda w piśmie z 30.10.2009 r., to w ocenie Sądu dotyczyło ono należności za wcześniejszy okres i nie mogło z istoty swojej dotyczyć roszczeń, których wymagalność powstała w okresie późniejszym. Nadto

strony ewidentnie posługiwały się błędną terminologią odnośnie „kaucji gwarancyjnej”. Dochodzona kwota składa się zatem z sumy kwot zatrzymanych tytułem zabezpieczenia na podstawie opisanej wyżej umowy.

Z powyższych przyczyn, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., należało zmienić zaskarżony wyrok w następstwie uwzględnienia obu apelacji.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. zgodnie z zasadą wyniku sporu. W skład zasądzonych wchodzi opłaty sądowe, opłaty skarbowe oraz wynagrodzenia jednego pełnomocnika