



Sygn. akt II CSK 452/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 kwietnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maria Szulc (przewodniczący)

SSN Monika Koba

SSN Krzysztof Pietrzykowski (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa głównego "D." Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko Powiatowi S.

o zapłatę 5.555.858,56 zł

oraz z powództwa wzajemnego Powiatu S.

przeciwko "D." Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o zapłatę 417.649,30 zł,

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie powoda głównego - pozwanego wzajemnego A. J.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 23 marca 2018 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej - pozwanej wzajemnej,

oraz skargi kasacyjnej strony pozwanej - powodowej wzajemnej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

**oddala obie skargi kasacyjne i wzajemnie znosi między
stronami koszty postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie z powództwa D. Spółki z o.o. w P. (dalej: spółka D.) oraz A. J. przeciwko Powiatowi S. (dalej: Powiat) o zapłatę oraz z powództwa wzajemnego Powiatu przeciwko spółce D. oraz A. J. o zapłatę: umorzył postępowanie w zakresie powództwa głównego w części dotyczącej żądania zasądzenia kwoty 102 602,14 zł tytułem należności głównej, zasądził na rzecz spółki D. od Powiatu kwotę 1 376 513,55 zł wraz z ustawowymi odsetkami, w pozostałym zakresie oddalił powództwo główne, oddalił powództwo wzajemne, zasądził na rzecz spółki D. od Powiatu kwotę 26 620 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w pozostałym zakresie znosząc koszty procesu między stronami, przyznał na rzecz Instytutu (...) w G. tytułem wynagrodzenia za udział biegłego w rozprawie i jego stawienictwo na rozprawie w dniu 17 czerwca 2016 r. kwotę 1 000,31 zł, nakazał ściągnąć tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w P. od spółki D. oraz od Powiatu kwoty po 3 310,85 zł od każdego z nich, a od A. J. kwotę 18 007,63 zł.

Sąd Okręgowy ustalił, że Powiat zawarł dwie umowy związane z realizacją zadania pt. „Przebudowa drogi (...)” (dalej: „zadanie”): w dniu 29 września 2009 r. Z Gminą T. (umowa o partnerstwie) i w dniu 12 lipca 2010 r. z Wojewodą (...) (umowa o dofinansowanie środkami pochodzącymi z budżetu państwa). Na podstawie tych umów ustalono następujące źródła finansowania zadania: Gmina T. – 1 730 000,00 zł brutto, Powiat – 220 000,00 zł brutto, dofinansowanie w ramach Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych 2008 - 2011 - w pozostałej wysokości kosztów realizacji zadania, nie więcej jednak niż 1 950 000,00 zł brutto, Wojewoda (...) – 1 896 519,00 zł. Według pierwszej umowy, Powiat zobowiązał się do rozliczenia zadania do grudnia 2010 r., a zgodnie z drugą umową Powiat miał złożyć wniosek o wypłatę dotacji najpóźniej do dnia 3 grudnia 2010 r. W dniu 12 lipca 2010 r. spółka D. i Firma T. zawarli umowę konsorcjum w związku ze wspólnym złożeniem w Powiatowym Zarządzie Dróg w S. (dalej: „PZD”) oferty w przetargu nieograniczonym na realizację zadania. W tymże dniu, w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Powiat (reprezentowany przez PZD) zawarł z konsorcjum (reprezentowanym przez spółkę

D. jako lidera) umowę na wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji zadania. D. zobowiązał się wykonać zadanie w terminie do dnia 15 listopada 2010 r. Strony umowy zastrzegły możliwość naliczania kar umownych w wysokości 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień przekroczenia terminu w wypadku niezakończenia przez wykonawcę robót w terminie. Zastrzegły również, że przedłużenie terminu wykonania zamówienia może nastąpić m.in. w sytuacji wyjątkowo niesprzyjających warunków pogodowych w kraju. Wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy została ustalona na kwotę 3 793 038,71 zł brutto. Roboty przygotowawcze i ziemne miały zostać wykonane w sierpniu 2010 r., odwodnienie pasa drogowego i wykonanie podbudowy we wrześniu 2010 r., a nawierzchnia, roboty wykończeniowe oraz elementy ulic w październiku 2010 r. Dnia 10 sierpnia 2010 nastąpiło protokolarne wprowadzenie wykonawcy na plac budowy. W okresie do dnia 15 listopada 2010 r. wystąpiło łącznie 22 dni, w których ilość opadów atmosferycznych średnio na dobę uzasadniałaby przerwy technologiczne. W okresie od dnia 22 listopada 2010 r. Do dnia 21 marca 2011 r. z uwagi na średnią temperaturę poniżej +5°C faktycznie niewskazane było prowadzenie robót. Dnia 26 listopada 2010 r. PZD, wskazując na fakt niedotrzymania umownego terminu zakończenia robót, poinformował o rozpoczęciu naliczania kar umownych, a dnia 29 listopada 2010 r. D. wskazał na przyczyny opóźnienia. Dnia 28 grudnia 2010 r. spółka D. oświadczyła, że wykonała roboty objęte umową, a dnia 29 grudnia 2010 r. zgłosiła zadanie do odbioru końcowego, który miał odbyć się w dniu 30 grudnia 2010 r., jednakże komisja powołana przez inwestora postanowiła nie odebrać w tym dniu robót z uwagi na stwierdzone usterki. Stan przebudowywanej drogi w dniu 30 grudnia 2010 r. nie pozwalał na właściwą eksploatację drogi, choć była ona faktycznie używana od stycznia 2011 r. Po przeprowadzeniu robót naprawczych zgłoszona przebudowa nadal nie nadawała się do odbioru końcowego, co stwierdził dnia 15 lutego 2011 r. inspektor nadzoru. W dniu 15 listopada 2011 r. stwierdzono wykonanie wszystkich robót naprawczych zgodnie z zaleceniami Instytutu Budowy Dróg i Mostów w W. W dniu 23 grudnia 2011 r. komisja dokonała odbioru końcowego robót, których wartość po potrąceniu wad trwałych wyniosła 3 093 205,38 zł. W związku z wykonaniem robót spółka D. wystawiła w dniu 28 grudnia 2011 r. w stosunku do Powiatu faktury na kwoty 1 950 170,09 zł

i 946 676,45 zł. Dnia 16 stycznia 2012 r. PZD obciążył spółkę D. karą umowną w wysokości 2 753 027,10 zł oraz kwotą 41 217,30 zł z tytułu zwrotu kosztów badań wykonanych przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów oraz oświadczył, że dokonał potrącenia wierzytelności wzajemnych w łącznej kwocie 2 896 846,54 zł, w związku z czym do zapłaty pozostała kwota 102 602,14 zł (w tym zakresie spółka D. cofnęła powództwo). Dnia 23 kwietnia 2012 r. PZD poinformował spółkę D., że wskutek nieterminowej realizacji umowy Powiat poniósł szkodę w wysokości 1 885 635,28 zł z tytułu utraconej dotacji Wojewody (...) oraz 1 285 041,12 zł z tytułu utraconej dotacji z budżetu Gminy T., które łącznie stanowią kwoty 3 170 676,40 zł. Naliczona kara umowna w wysokości 2 753 027,10 zł została zaliczona na poczet poniesionej szkody, wobec czego PZD wezwał spółkę D. do zapłaty pozostałej kwoty w wysokości 417 649,30 zł.

Sąd Okręgowy podkreślił, że według jednoznacznej opinii biegłych wady wykonawcze i niedostatki projektowe wiązały się z niespełnieniem warunków odbioru przedmiotu umowy, jakość robót nie była zgodna z umową, projektem budowlano-wykonawczym i zasadami wiedzy technicznej, termin umowny nie został dochowany z uwagi na niezakończenie umownego zakresu rzeczowego, przy czym w opinii biegłych uczestnicy procesu inwestycyjnego nie wykazali należytej staranności. Uznał powództwo główne za częściowo uzasadnione, to jest do kwoty 1 376 513,55 zł. Ustalając, że inwestor miał uzasadnione podstawy do skorzystania z uprawnienia do żądania zapłaty kary umownej, jednocześnie podzielił stanowisko spółki D. co do zasadności jej miarkowania. Stwierdził, że wprawdzie wykonawca powinien liczyć się z określonymi przeszkodami, to jednak w niniejszej sprawie wystąpiły obiektywne utrudnienia hamujące płynność prowadzonych prac, a ponadto, co podkreślono wyraźnie w opinii Instytutu, wystąpiły istotne uchybienia po stronie inwestora polegające na niewłaściwym rozpoznaniu uwarunkowań geologicznych. Wskazał, że kolejnymi okolicznościami, które należało uwzględnić w zakresie miarkowania kary umownej, było faktyczne wykonanie całości zakresu rzeczowego robót oraz relacja między rozmiarem szkody, wartością wykonanych prac, zakresem należnego wynagrodzenia oraz wysokością naliczonej kary. Przyjął, że niedopuszczalne i skrajnie niesprawiedliwe byłoby pozbawienie wykonawcy obiektu użyteczności publicznej wynagrodzenia

pomimo wykonania robót w całości. Dlatego uznał za zasadne obniżenie ustalonej kary umownej o 50%, to jest do kwoty 1 376 513,55 zł.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w niniejszej sprawie A. J. początkowo występował w charakterze interwenienta ubocznego, jednak następnie przystąpił do sprawy jako drugi z powodów (oraz pozwany wzajemny). Podkreślił, że taka figura procesowa nie była uzasadniona, nie zachodzi bowiem w konkretnych uwarunkowaniach sprawy niniejszej współuczestnictwo konieczne lidera konsorcjum i jego partnera, zatem występowanie w procesie wyłącznie przez lidera konsorcjum nie było obciążone błędem procesowym, polegającym na braku jednej z formalnych przesłanek zasadności powództwa.

Obie strony wniosły apelacje od wyroku Sądu Okręgowego. Dnia 23 września 2016 r. spółka D. cofnęła apelację w części obejmującej określenie zakresu żądanej w apelacji zmiany zaskarżonego wyroku, tj. kwoty 2 700 629,24 zł z ustawowymi odsetkami tytułem kary umownej za zwłokę pozwanego w przeprowadzeniu odbioru ostatecznego robót drogowych wykonanych przez spółkę D., a Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 29 września 2016 r. umorzył postępowanie apelacyjne w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny w (...) i wyrokiem z dnia 18 stycznia 2017 r. z apelacji D. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 i 3, w ten sposób, że zasądził od Powiatu na rzecz spółki D. kwotę 2 753 027,10 zł z ustawowymi odsetkami, z apelacji Powiatu zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 4 w ten sposób, że zasądził od spółki D. na rzecz Powiatu kwotę 417 649,30 zł z ustawowymi odsetkami, z apelacji obu stron zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od Powiatu na rzecz spółki D. kwotę 66 241 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w P. tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych od spółki D. kwotę 12 314,67 zł, a od Powiatu kwotę 12 314,67 zł, oddalił apelację pozwanego głównego (powoda wzajemnego) w pozostałym zakresie oraz zasądził od Powiatu na rzecz spółki D. kwotę 65 064,77 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny przyjął, że apelacja spółki D. zasługuje na uwzględnienie w całości. Podkreślił, że ostatecznie kwota należnego wynagrodzenia D. wyniosła 2 753 027,10 zł i taką kwotę zasądził od Powiatu, uznając, że w niniejszej sprawie

nie ma podstaw do jej pomniejszania o zgłoszoną do potrącenia przez Powiat kwotę kary umownej za nieterminowe ukończenie inwestycji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Powiat dokonał potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych w kwocie 2 753 027,10 zł z wynagrodzenia końcowego spółki D. z wezwaniem do jego zapłaty, nie określając terminu na spełnienie tego świadczenia. W umowie wiążącej strony nie wskazano terminu płatności tych kar, co sprawia, że zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy. Do jego skuteczności konieczne jest zatem spełnienie przesłanek przewidzianych w art. 498 § 1 i 2 k.c., w tym wymagalności roszczenia. Według Sądu Apelacyjnego, zgłoszony jednocześnie z wezwaniem spółki D. do spełnienia świadczenia zarzut potrącenia jest bezskuteczny, bowiem w chwili dokonania potrącenia wierzytelność nie była jeszcze wymagalna, więc nie została skutecznie zgłoszona do potrącenia. Sąd Apelacyjny podzielił natomiast stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie miarkowania wysokości kary umownej i uznał, że kara ta powinna być obniżona o 50%.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy dokonał błędnej oceny roszczenia odszkodowawczego Powiatu, bowiem w sposób nieuprawniony wywiódł, że Powiat nie poniósł szkody majątkowej. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że spółka D. nie dotrzymała umówionego w umowie terminu zakończenia robót, wskutek czego Powiat poniósł szkodę w wysokości co najmniej cofniętej dotacji celowej przyznanej ze środków pochodzących z budżetu Państwa na dofinansowanie niniejszego projektu. W konkluzji Sąd Apelacyjny przyjął, że Powiatowi przysługuje w stosunku do spółki D. na podstawie art. 471 k.c. wzajemna wierzytelność odszkodowawcza w związku z nienależytym (nieterminowym) wykonaniem przez powodową spółkę robót budowlanych objętych umową stron, w wysokości utraconej przez Powiat dotacji w kwocie 1 885 635,28 zł. Stwierdził, że między zaniechaniem spółki D. a wyrządzoną Powiatowi szkodą istnieje związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. Orzekł, że naliczona kara umowna zmniejszona o 50% nie pokrywa w całości doznanej przez Powiat szkody (1 885 635,28 zł - 50% z kwoty 1 376 513,55 zł = 509 121,73 zł). Uwzględnieniu powództwa wzajemnego nie stoi więc na przeszkodzie art. 484 § 1 k.c., gdyż dochodzona z tytułu szkody kwota wynosi 417 649,30 zł. Sąd Apelacyjny uznał

natomiast, że Powiat nie wykazał, aby poniósł szkodę spowodowaną utratą dotacji od Gminy T. w wysokości 1 730 000 zł.

Obie strony wniosły skargi kasacyjne od wyroku Sądu Apelacyjnego. Spółka D. zaskarżyła wyrok w części dotyczącej punktów II i V, zarzucając naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 361 § 2 w związku z art. 471 i 477 § 1 k.c. oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c., a także naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 328 § 1 w związku z art. 391 § 1 i art. 382 k.p.c. Powiat zaskarżył wyrok w części dotyczącej punktów I, III, IV i V oraz punktu II w zakresie niezasądzenia kwoty powództwa wzajemnego, zarzucając naruszenie przepisów postępowania, mianowicie art. 378 § 2 w związku z art. 380 oraz art. 386 § 3, art. 83, art. 73 § 2 k.p.c., art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji, art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., a także naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 498 § 1 w związku z art. 499, art. 455 k.c. w związku z art. 65 § 1, art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z pkt 1, 2, 3, 4, 9 i 10.2 umowy konsorcjum, ewentualnie naruszenia art. 379 § 1 k.c., oraz art. 366 § 1 k.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Spółka D. zarzuciła naruszenie art. 361 § 2 w związku z art. 471 i 477 § 1 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy pozwany był uprawniony do dochodzenia od powódki odszkodowania za utraconą dotację Wojewody (...), podczas gdy strony umownie ograniczyły odpowiedzialność odszkodowawczą powódki do szkody rzeczywiście poniesionej, oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż odszkodowanie uzupełniające mogło być zasądzone w wypadku, gdy szkoda nie przewyższa zastrzeżonej w umowie kary umownej. Zarzut ten jest nietrafny. Zgodnie z § 7 ust. 3 wiążącej strony umowy z dnia 12 lipca 2010 r., zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Nie można się zgodzić ze skarżącą, że zasądzone przez Sąd Apelacyjny odszkodowanie w wysokości 417 649,30 zł, której w powództwie wzajemnym dochodził Powiat, nie stanowi *damnum emergens*, ale *lucrum cessans*. Z dokonanych w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych jednoznacznie wynika, że dnia 20 października 2010 r. Powiat wystąpił do Wojewody (...) o przekazanie pierwszej płatności w kwocie

437 212,01 zł, która wpłynęła na rachunek bankowy Powiatu. Dnia 30 grudnia 2010 r. Wojewoda oświadczył, że z uwagi na wystąpienie okoliczności uniemożliwiających zrealizowanie inwestycji do dnia 31 grudnia 2010 rozwiązuje umowę z dnia 12 lipca 2010 r. i wzywa Powiat do zwrotu kwoty 437 212,01 zł, która została zwrócona zgodnie z żądaniem. Z ustaleń dokonanych w niniejszej sprawie wynika ponadto, że kara umowna w wysokości 2 753 027,10 zł została zaliczona na poczet poniesionej szkody, wobec czego PZD działający w imieniu Powiatu wezwał spółkę D. do zapłaty pozostałej kwoty w wysokości 417 649,30 zł. Nie występuje tu jednak sytuacja opisana w art. 484 § 1 zd. 2 k.c., tj. żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, już choćby z tej przyczyny, że – jak przyjął Sąd Apelacyjny – zgłoszony przez Powiat zarzut potrącenia jest bezskuteczny, bowiem w chwili dokonania potrącenia wierzytelność wynikająca z naliczenia kar umownych nie była jeszcze wymagalna, więc nie została skutecznie zgłoszona do potrącenia. Zarzuty naruszenia przepisów postępowania, mianowicie art. 328 § 1 w związku z art. 391 § 1 i art. 382 k.p.c., są, po pierwsze, nietrafne, oraz, po drugie, są wtórne w stosunku do wyżej opisanych zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Liczne zarzuty podniesione w skardze kasacyjnej Powiatu w istocie prowadzą się do dwóch zagadnień. Pierwsze dotyczy nieuwzględnienia przez Sąd Apelacyjny potrącenia przez Powiat należności z tytułu kar umownych. Drugie odnosi się do sytuacji procesowej A. J. jako interwenienta ubocznego bądź strony postępowania.

Pierwsze zagadnienie wiąże się w szczególności z wykładnią oświadczenia woli PZD reprezentującego Powiat z dnia 26 listopada 2010 r. informującego o rozpoczęciu naliczania kar umownych i z dnia 16 stycznia 2012 r. dotyczącego zapłaty wynagrodzenia przez potrącenie wierzytelności wzajemnych oraz oświadczenia Powiatu zamieszczonego w odpowiedzi na pozew i powództwie wzajemnym z dnia 21 czerwca 2012 r. Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., przesłanką potrącenia jest m.in. wymagalność obu wierzytelności, chociaż w orzecznictwie i piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że wymagalna musi być tylko wierzytelność potrącającego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2004 r., IV CK

362/02, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2014 r., V CSK 242/13, niepubl.; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015, nr 7 - 8, poz. 86). Oświadczenie z dnia 26 listopada 2010 r. zawiera informację o rozpoczęciu naliczania kar umownych, która nie jest oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 i nast. k.c. i w związku z tym nie może być traktowana jako wezwanie do wykonania świadczenia stosownie do art. 455 k.c. W tej sytuacji oświadczenie o potrąceniu z dnia 16 stycznia 2012 r. dotyczyło wierzytelności niewymagalnej, jak trafnie przyjął Sąd Apelacyjny. Z kolei oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 21 czerwca 2012 r. o naliczeniu kary umownej zostało złożone już po wcześniejszym oświadczeniu o potrąceniu.

Przystępując do rozważenia drugiego zagadnienia, należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, czy spółka D. i A. J. jako strony umowy konsorcjum są w niniejszej sprawie współuczestnikami koniecznymi w rozumieniu art. 72 § 2 k.p.c.

Sąd Najwyższy podkreślił w wyroku z dnia 23 września 2016 r., II CSK 27/16 (niepubl.), że umowa konsorcjum nie została uregulowana w k.c. ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym, a została ukształtowana przez praktykę, jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego, na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Podstawą powołania konsorcjum jest umowa o wspólne działanie samodzielnie i autonomicznie występujących partnerów przy zawieraniu, której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymogiem zachowania jednolitej formy organizacyjno-prawnej. Ani w doktrynie, ani w judykaturze nie wypracowano jednolitej charakterystyki prawnej umowy konsorcjum, ani nie dokonano precyzyjnej oceny skutków jej zawarcia. Zasadniczo przyjmuje się, że konsorcjum stanowi umowny stosunek prawny nakierowany na współdziałanie, w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, a jego konstrukcja jest najbardziej zbliżona do umowy spółki cywilnej, choć co do zasady współpraca ma charakter tymczasowy, odmienny jest charakter reprezentacji, nie występuje rozbudowana więź organizacyjna ani wspólny majątek. Z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną zawiązaną na podstawie art. 860

k.c. a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy z 2004 r. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „p.z.p.”), którego zawarcie nie musi powodować powstania majątku wspólnego uczestników konsorcjum. Nie ma więc podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14 (Glosa 2017, nr 2, s. 25), w tzw. konsorcjum zewnętrznym (jawnym), będącym organizacją współdziałania widoczną dla osób trzecich, uczestnicy konsorcjum mogą, lecz nie muszą występować wobec osób trzecich we wspólnym imieniu. W zależności od ukształtowania konsorcjum jako zewnętrznego bądź wewnętrznego uczestnik konsorcjum może samodzielnie występować w stosunkach zewnętrznych ze skutkiem dla wszystkich uczestników konsorcjum bądź tylko dla siebie. W tzw. konsorcjach budowlanych (inwestycyjnych) zewnętrznych uczestnicy konsorcjum mogą działać samodzielnie wobec zamawiającego lub być reprezentowani przez lidera umocowanego na podstawie i w granicach umowy konsorcjum. Kluczowym elementem omawianej postaci konsorcjum jest określenie w umowie zakresu robót poszczególnych uczestników wykonujących powierzone zadanie samodzielnie i na własny koszt. Funkcją umowy konsorcjum jest wówczas podział ryzyka wykonania kontraktu oraz podział obowiązków wynikających z tytułu udzielonej gwarancji jakości. Zdaniem Sądu Najwyższego, z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości pomiędzy spółką cywilną zawiązaną na mocy art. 860 k.c. a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14 (OSNC-ZD 2016, nr C, poz. 44), co do zasady konsorcjum nie działa w formie spółki cywilnej, chyba że wolą stron ukształtowano je w ten sposób, że spełnione są wymagania konstrukcyjne wyznaczające treść takiego stosunku prawnego, tj. istnieje przedsiębiorstwo, majątek wspólny, więzi organizacyjne i majątkowe wspólników. Stosownie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14 (Glosa 2017, nr 2, s. 21), nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich

umów o współdziałanie (lub podobnie nazywanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjum za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej.

Z przedstawionego orzecznictwa wynika jednoznaczna teza, że z umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, gdyż taka umowa z reguły nie jest spółką cywilną według art. 860 k.c. W niniejszej zaś sprawie nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że zawarta dnia 12 lipca 2010 r. przez spółkę D. z Firmą T. umowa konsorcjum odpowiada elementom przedmiotowo istotnym umowy spółki cywilnej w rozumieniu art. 860 k.c.

Pozycja procesowa A. J. w niniejszym postępowaniu budziła istotne wątpliwości. Początkowo A. J. w ogóle nie brał udziału w tym postępowaniu. Nie wspomniano o nim ani w pozwie, ani pozwie wzajemnym, ani w odpowiedziach na te pozwy. Dopiero pismo spółki D. z dnia 26 października 2012 r. dotyczy przypozwania A. J., który jednak w piśmie z dnia 19 grudnia 2012 r. zgłosił interwencję uboczną po stronie powódki. W kolejnych pismach procesowych stron i protokołach rozpraw przed Sądem Okręgowym jest on konsekwentnie traktowany jako interwenient uboczny. Z protokołu rozprawy z dnia 20 sierpnia 2013 r. wynika, że pełnomocnik A. J. złożył oświadczenie o przystąpieniu do sprawy w charakterze powoda na podstawie art. 195 § 3 k.p.c. Oświadczenie to zostało potwierdzone w piśmie z dnia 28 sierpnia 2013 r. W dwóch pismach procesowych spółki D. i w trzech protokołach rozpraw przed Sądem Okręgowym oraz czterech postanowieniach tego Sądu A. J. był już traktowany jako strona postępowania. Jednakże w pismach procesowych pełnomocnika A. J. z dnia 13 lutego 2014 r. i z dnia 14 kwietnia 2015 r. był on traktowany jako interwenient uboczny. Podobnie określił status A. J. Powiat w pismach procesowych z dnia 18 czerwca 2014 r. i z dnia 31 marca 2016 r. Natomiast A. J. w samodzielnie złożonym piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2016 r. uznawał się za stronę postępowania. Takie też stanowisko zajął jego pełnomocnik w piśmie z dnia 13 czerwca 2016 r. W sentencji wyroku Sądu Okręgowego z dnia 1 lipca 2016 r. A. J. został określony jako powód i pozwany wzajemny, jednakże powództwo zostało częściowo

uwzględnione tylko w stosunku do spółki D., a nie do A. J.. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano jednak, że A. J. początkowo występował w charakterze interwenienta ubocznego, ale później przystąpił do sprawy jako drugi z powodów oraz pozwany wzajemny. Ostatecznie, zdaniem Sądu Okręgowego, taka figura procesowa nie była uzasadniona, nie zachodzi bowiem w niniejszej sprawie współuczestnictwo konieczne. W apelacji powódki (spółki D.) A. J. jest traktowany jako interwenient uboczny, zaś w apelacji pozwanego Powiatu – jako strona postępowania. Jednakże w tej ostatniej apelacji nie ma zarzutu dotyczącego potraktowania A. J. jako interwenienta ubocznego. W konkluzji należy zatem przyjąć, że uznanie przez Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku A. J. za interwenienta ubocznego, a nie stronę postępowania, nie narusza wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów postępowania.

Z przedstawionych powodów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł, jak w sentencji.