



Sygn. akt II CSKP 429/22

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 20 kwietnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący)

SSN Paweł Grzegorzczak (sprawozdawca)

SSN Monika Koba

w sprawie z powództwa W. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.  
przeciwko Gminie Karczmiska  
o zapłatę,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej  
w dniu 20 kwietnia 2023 r.,  
skarg kasacyjnych strony powodowej i strony pozwanej  
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie  
z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt I AGa 234/18,

**1. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie I a) w zakresie oddalającym powództwo co do kwoty 1 188 805,50 (milion sto osiemdziesiąt osiem tysięcy osiemset pięć 00/50) złotych z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 19 października 2013 r. do dnia zapłaty oraz w części orzekającej o kosztach procesu za obie instancje (tj. w punkcie 1 b) i 1 c) a także w punkcie III) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Lublinie do ponownego rozpoznania,**

**pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego;**

**2. oddala skargę kasacyjną powódki w pozostałym zakresie;**

**3. oddala skargę kasacyjną pozwanej.**

#### UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 lutego 2018 r. Sąd Okręgowy w Lublinie zasądził od pozwanej Gminy Karczmiska na rzecz „W.” Sp. z o.o. w W. kwotę 6 065 049,09 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 19 października 2013 r. do dnia zapłaty i oddalił powództwo w pozostałej części.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy wskazał następujące ustalenia i motywy rozstrzygnięcia:

W dniu 18 listopada 2011 r. w G. powódka i „M.” Spółka Jawna w S.(M.) zawarli umowę konsorcjum w celu wykonania zadania pod nazwą: „Budowa kompleksu rekreacyjno-sportowego, w skład, którego wchodzi kryta pływalnia oraz hala sportowa - rozszerzenie usług społeczno-oświatowych. Etap I - Budowa hali sportowej z wyposażeniem w K.” oraz rozliczenia wynagrodzenia na warunkach przedstawionych w SIWZ i na podstawie kontraktu, który zostanie zawarty z pozwaną. Liderem konsorcjum została powódka, która była upoważniona do prowadzenia spraw konsorcjum i reprezentowania jego interesów podczas wykonywania zamówienia. W tym samym dniu M. udzieliła powódce pełnomocnictwa do podpisania umowy z pozwaną i rozliczenia wynagrodzenia za wykonanie robót.

W dniu 23 listopada 2011 r. w K. konsorcjum i pozwana zawarli umowę na budowę kompleksu rekreacyjno-sportowego, w skład którego wchodzi kryta pływalnia oraz hala sportowa - rozszerzenie usług społeczno-oświatowych. Konsorcjum zobowiązało się do wykonania za wynagrodzeniem obiektu sportowego na nieruchomości stanowiącej własność pozwanej i przekazania obiektu pozwanej do eksploatacji, a po upływie terminu eksploatacji do przekazania go na własność pozwanej w stanie technicznym umożliwiającym jego funkcjonowanie i korzystanie zgodnie z przeznaczeniem oraz w stanie wolnym od

wszelkich praw osób trzecich i obciążeń. Wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy w formie ryczału miało wynosić: z tytułu budowy obiektu sportowego wraz z kosztami nadzorów autorskiego i inwestorskiego kwotę 7 046 012,21 zł netto (8 666 595,01 zł brutto) i z tytułu kosztów finansowania budowy kwotę 2 619 073,20 zł netto (3 221 460,04 zł brutto). Wynagrodzenie miało być przekazywane w okresie od dnia 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2023 r. według harmonogramu stanowiącego załącznik do umowy, na podstawie faktur VAT. Umowa została zawarta na czas oznaczony od dnia jej podpisania do dnia 31 grudnia 2023 r., tj. do terminu przekazania obiektu sportowego na własność pozwanej. Prawo odstąpienia od umowy regulował § 13 umowy.

Aneksem nr 1, zawartym w dniu 14 marca 2012 r., strony umowy uchyliły § 13 umowy.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2012 r. M. wypowiedziała umowę konsorcjum, cofając równocześnie wszelkie udzielone powódce pełnomocnictwa. Jako powód podano brak współpracy ze strony powódki. Ponadto M. stwierdziła, że nie wykonywała żadnych prac na inwestycji w K..

Pismem z dnia 13 czerwca 2013 r. pozwana, powołując się na niespełnienie przez powódkę warunków dotyczących ubezpieczenia przedmiotu umowy, odstąpiła od umowy powołując się na § 13 ust. 4. Pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. pozwana poinformowała, że aneks nr 1 do umowy jest nieważny, powołując się na ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (jedn. tekst: Dz. U z 2023 r., poz. 30, dalej – „u.p.p.”). W dniu 9 lipca 2013 r. został sporządzony protokół odbioru wykazujący wartość wykonanych przez powoda prac na kwotę 5 058 129,44 zł brutto. Jakość robót oceniono jako dobrą.

Wartość wykonanych przez powódkę prac według biegłego odpowiada kwocie 5 324 586,66 zł brutto. Większość prac należy ocenić jako dobrą lub dostateczną. Koszt napraw, których wymagały dotychczasowe prace, wynosi kwotę 281 550,30 zł brutto.

W dniu 18 września 2013 r. powódka wystawiła fakturę VAT na kwotę 7 144 996,34 zł z terminem płatności przypadającym na dzień 18 października 2013 r., tytułem rozliczenia dotychczas poniesionych kosztów w związku

z realizacją inwestycji. Wartość wykonanych robót pokrywała się z ich wartością wykazaną w protokole odbioru z dnia 9 lipca 2013 r.

W płaszczyźnie oceny prawnej Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., a jej rozliczenie co do zasady powinno nastąpić w oparciu o art. 494 § 1 k.c. Niezależnie bowiem od tego, czy skuteczne było oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 13 czerwca 2013 r., to i tak umowę z dnia 23 listopada 2011 r. należało uznać za rozwiązaną w trybie art. 497 k.c. Powódka, modyfikując powództwo, nie kwestionowała, że realizacja przedmiotu umowy jest niemożliwa, a wręcz to potwierdziła. Potwierdzeniem takiej woli było pismo powódki z dnia 14 listopada 2013 r., w którym stwierdziła, że to ona odstąpiła od umowy i to bez względu na treść aneksu nr 1.

Skoro powódka wystąpiła z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót, przedmiotem ustaleń powinny być stan faktycznie wykonanych prac, ich jakość i wartość, oraz kwestia spełnienia świadczenia. Chodzi więc o rozliczenie umowy w trybie art. 494 §1 k.c., co w przypadku ustalenia wynagrodzenia jako niezmiennego ryczału powinno skutkować zapłatą części wynagrodzenia określonej w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całości wynagrodzenia ryczałtowego.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z zarzutami pozwanej co do braku samodzielnej legitymacji czynnej powódki. Niezależnie od kwestii wypowiedzenia umowy konsorcjum, umowa ta wygasła, zdaniem Sądu, najpóźniej jesienią 2013 r. z chwilą rozwiązania umowy z dnia 23 listopada 2011 r. W sprawie nie przedstawiono dowodów, aby M. kwestionowała brak woli powódki co do kontynuowania umowy z dnia 23 listopada 2011 r. Skuteczność oświadczenia o wypowiedzeniu z dnia 16 sierpnia 2012 r. należało zatem przyjąć najpóźniej z chwilą podjęcia przez powódkę decyzji co do braku kontynuowania umowy z dnia 23 listopada 2011 r. Z tą chwilą odpadł bowiem dalszy sens istnienia konsorcjum. Ponadto, jak zauważył Sąd, w oświadczeniu z dnia 16 sierpnia 2012 r. M. wyraźnie stwierdziła, że nie wykonywała żadnych prac na inwestycji w K.. Współuczestnictwo konieczne nie wynikało także, zdaniem Sądu, z istoty stosunku konsorcjum.

Idąc tym torem, Sąd przyjął, że powódce należna jest kwota odpowiadająca wartości robót pomniejszona o wartość stwierdzonych usterek na zasadzie art. 560 § 1 k.c. w związku z art. 638 § 1 k.c. i art. 656 k.c., co daje kwotę 5 043 036,36 zł. Do kwoty tej należało dodać kwotę 1 874 496,61 zł stanowiącą 37,17% kwoty 5 043 036,36 zł, wynikającą z proporcji ustalonych przez strony w § 2 ust. 2 lit. a i b umowy. Kwota 1 874 496,61 zł stanowiła składnik wynagrodzenia, które podlegało stosunkowemu rozliczeniu. Sąd Okręgowy uwzględnił ponadto żądanie w zakresie przysługujących powódce kosztów nadzoru autorskiego i inwestorskiego na łączną kwotę 122 516,12 zł.

Ogółem więc powódce należne było 7 040 049,09 zł, która to kwota podlegała obniżeniu o 975 000 zł przebrane przez pozwaną w grudniu 2012 r. na rachunek komornika sądowego.

Na skutek apelacji pozwanej, wyrokiem z dnia 16 grudnia 2019 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie zmienił częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że obniżył zasądzoną w nim kwotę 6 065 049,09 zł do kwoty 2 879 230,86 zł, a w pozostałym zakresie oddalił powództwo.

Sąd Apelacyjny, odwołując się do istoty umowy konsorcjum, podzielił stanowisko Sądu Okręgowego co do samodzielnej legitymacji powódki. Wskazał, że umowa z dnia 18 listopada 2011 r. nie prowadziła do powstania między stronami wspólnoty praw i obowiązków, wspólności majątkowej i organizacyjnej, czy wspólności przedsiębiorstwa charakterystycznej dla umowy spółki cywilnej. Zauważył również, że dochodzona przez powódkę kwota nie jest żądaniem zapłaty wynagrodzenia lub jego części, lecz rozliczeniem pomiędzy stronami sporu po odstąpieniu od umowy, a oświadczenie M., że nie wykonywała ona żadnych prac w ramach umowy łączącej konsorcjum z pozwaną nie zostało przez pozwaną w żaden sposób podważone.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił także wartość robót wykonanych przez powódkę i zasadnie uznał, że kwota ta powinna stanowić podstawę rozliczeń między stronami, z zastrzeżeniem korekty w zakresie kwoty zapłaconej w ramach zajęcia egzekucyjnego i wartości prac naprawczych. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy błędnie natomiast przyjął, że umowa

łącząca strony wyczerpywała jedynie cechy umowy o roboty budowlane. Umowa ta obejmowała bowiem szerszy zakres prac niż tylko wybudowanie obiektu i była umową nienazwaną, łączącą elementy umowy o roboty budowlane i umowy zlecenia - świadczenia usług. Była to też umowa zawarta w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego, co wynikało wyraźnie z jej treści. Kwalifikacja ta nie miała jednak istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia i tym samym rozliczeń pomiędzy stronami, zwłaszcza w sytuacji przyjęcia skutecznego odstąpienia od umowy przez pozwaną.

Co do odstąpienia od umowy, Sąd Apelacyjny uznał, że stosunek zobowiązaniowy między stronami uległ rozwiązaniu na skutek odstąpienia przez pozwaną. Umowa przewidywała w § 13 ust. 4 na rzecz zamawiającego prawo do odstąpienia w przypadku m.in. niedopełnienia obowiązku ubezpieczenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 umowy, tj. ubezpieczenia wykonywanych robót budowlanych w zakresie wszelkich ryzyk budowy, w tym także z tytułu odpowiedzialności zamawiającego za skutki katastrofy budowlanej jako właściciela nieruchomości. Polisa miała pokrywać ryzyka wszelkiego rodzaju szkód, obejmować szkody powstałe w obiekcie, materiałach, zapleczu, sprzęcie i na osobach z sumą gwarancyjną w wysokości łącznej 5 000 000 zł. Powódka, wezwana do złożenia takiej polisy, wymaganej umowy ubezpieczenia nie zawarła, mimo rozpoczęcia prac i upływu umownego terminu do wykonania prac. Wykonania określonego w umowie obowiązku ubezpieczenia nie wyczerpywała ogólna umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy. Nie obejmowała ona ryzyk wskazanych w § 6 umowy. Skutkowało to skorzystaniem przez pozwaną z umownego prawa do odstąpienia od umowy z powodu niedopełnienia obowiązku ubezpieczenia, stosownie do § 13 ust. 4 umowy, pismem z dnia 13 czerwca 2013 r.

Trafnie przy tym, jak uznał Sąd, podnosiła skarżąca, że nie doszło do zmiany umowy w zakresie § 13 regulującego podstawy odstąpienia aneksem z dnia 14 marca 2012 r. Niezależnie od argumentów wynikających z ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zdaniem Sądu, aneks został podpisany jedynie przez powódkę, która nie miała pełnomocnictwa do dokonywania zmian w umowie od drugiego członka konsorcjum, ponieważ jej pełnomocnictwo obejmowało jedynie podpisanie umowy zgodnie z wynikiem postępowania w ramach złożonego

zamówienia publicznego, nie wynikało z niego natomiast umocowanie do dokonywania zmiany umowy w imieniu drugiego członka konsorcjum.

Skorzystanie przez pozwaną z umownego prawa odstąpienia skutkowało, stosownie do art. 395 k.c. w związku z art. 494 k.c., obowiązkiem zwrotu dokonanych świadczeń. Odstąpienie od umowy ma skutek *ex tunc*. Powódka nie może zatem domagać się wynagrodzenia określonego w umowie, zwłaszcza, iż było ono ściśle powiązane z całością obowiązków partnera. W związku z tym brak było, zdaniem Sądu, podstaw do żądania zasądzenia na rzecz powódki kwot wykraczających poza wartość prac świadczonych przez nią na rzecz pozwanej, co sprowadza się do wartości wykonanych robót budowlanych. Z tych m.in. względów Sąd uznał za niezasadne żądanie zasądzenia kwoty kosztów finansowania w wysokości 1 874 496,61 zł oraz kosztów nadzoru w wysokości 122 516,12 zł i w tym zakresie skorygował wyrok Sądu Okręgowego.

Pozostała kwota podlegała, zdaniem Sądu, dalszemu obniżeniu w związku ze zgłoszonym przez pozwaną zarzutem potrącenia. Zarzut ten Sąd uznał za zasadny w świetle § 10 ust. 7, § 10 ust. 5 i § 2 ust. 2c umowy. Wysokość kary umownej podlegającej potrąceniu wynosiła 1 188 805,50 zł. Sąd Apelacyjny nie podzielił zarazem zarzutu, że doszło do przedawnienia roszczenia z tytułu kary umownej. Wskazał także na konsekwencje wynikające z art. 502 k.c.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną wniosły obie strony.

W skardze kasacyjnej pozwanej zarzucono naruszenie: 1) art. 65 § 2 k.c. w związku z § 3, § 4, § 6 umowy z dnia 18 listopada 2011 r.; 2) art. 65 § 2 k.c. w związku z § 2 ust. 1, 2 i 3, § 3 ust. 1 umowy z dnia 23 listopada 2011 r.; 3) art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 7 ust. 2 i art. 18a ust. 1 u.p.p. w związku z art. 65 § 2 k.c. w związku z § 2 umowy z dnia 23 listopada 2011 r.; 4) art. 7 ust. 2 u.p.p. w związku z art. 65 § 2 k.c. w związku z § 2 umowy z dnia 23 listopada 2011 r.; 5) 455 k.c.; 6) art. 72 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.c. w związku z art. 195 § 1 i 2 k.p.c.; 7) art. 320 k.p.c. i 8) art. 328 § 2 k.p.c.

W skardze kasacyjnej powódki zarzucono naruszenie: 1) art. 118 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (jedn. tekst: Dz. U. z 2022 r., poz. 559, dalej – „u.s.g.”); 2) art. 498 k.c.

i 499 k.c. w związku z art. 118 k.c.; 3) art. 395 k.c. w związku z art. 494 k.c.; 4) art. 13 u.p.p.; 5) art. 233 § 1 k.p.c.; 6) art. 233 k.p.c.; 7) art. 382 k.p.c. w związku z art. 235 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.; 8) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Co do skargi kasacyjnej pozwanej:

Umowa konsorcjum nie jest umową nazwaną, a jej przedmiotem jest zazwyczaj współdziałanie konsorcjantów w celu wspólnego osiągnięcia celu gospodarczego. Celem tym może być wspólne ubieganie się o zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego i wspólne wykonanie tego zamówienia zgodnie z umową (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 130), co należy odpowiednio odnieść do ubiegania się i realizacji wspólnego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Ze względu na tak określony cel umowy konsorcjum, w orzecznictwie zauważa się jej podobieństwo do umowy spółki cywilnej (art. 860 k.c.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2013 r., I CSK 769/12).

Kwalifikacja umowy konsorcjum jako umowy spółki cywilnej jest jednak możliwa tylko wtedy, gdy wykładnia konkretnej umowy pozwala stwierdzić charakterystyczne cechy spółki cywilnej, co dotyczy w szczególności istnienia majątku wspólnego (art. 863 k.c.) i wniesienia wkładów (art. 861 k.c.). W judykaturze kwestia ta jest rozważana w szczególności w kontekście legitymacji materialnej konsorcjantów do dochodzenia roszczeń wobec zamawiającego w postępowaniu sądowym, zważywszy na konieczność łącznego występowania współników spółki cywilnej po stronie powodowej w razie dochodzenia wierzytelności wchodzących w skład majątku wspólnego (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., III CZP 130/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 100). Za dominujące, zwłaszcza w nowszym orzecznictwie, należy uznać stanowisko, według którego współuczestnictwo takie, w przypadku konsorcjantów, nie ma charakteru koniecznego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, z dnia 23 września 2016 r., II CSK 27/16, z dnia 3 kwietnia 2018 r., II CSK 452/17 i z dnia 30 czerwca

2021 r., III CSKP 75/21, a także postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2017 r., III CSK 182/18 i z dnia 12 października 2018 r., V CZ 71/18). Odpowiada to założeniu, że zazwyczaj strony umowy konsorcjum wiążą się elastyczniejszymi zasadami współpracy, aniżeli przewidziane w spółce cywilnej, polegającymi na połączeniu potencjału gospodarczego uczestników przy realizacji konkretnego zadania, z pominięciem wkładów i wspólnego majątku, które są charakterystyczne dla umowy spółki.

Pogląd ten należało uznać za trafny także w okolicznościach sprawy, czego nie podważała szeroka argumentacja skargi kasacyjnej, w której eksponowano niedokonanie przez konsorcjantów podziału prac i wynagrodzenia przysługującego im z tego tytułu. Argumentacja ta koncentrowała się ponadto na dochodzeniu przez uczestników konsorcjum wynagrodzenia lub roszczeń na podstawie umowy, względnie na istnieniu wspólności łącznej w zakresie roszczeń z tytułu zysku, podczas gdy w sprawie zakończonej zaskarżonym wyrokiem – czego nie zauważała pozwana – powódka nie dochodziła zapłaty wynagrodzenia umownego, lecz roszczeń wynikających z odstąpienia od umowy. Konsorcjum nie stanowi odrębnego podmiotu prawnego od osób będących stronami tej umowy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10), toteż w braku podstaw do przyjęcia, że zawarta *in casu* umowa prowadzi do powstania spółki cywilnej – a podstaw tych brak było w okolicznościach sprawy – problem samodzielnego uprawnienia konsorcjantów do dochodzenia przysługującego im świadczenia należy oceniać w płaszczyźnie art. 379 i n. k.c. regulującego problematykę wielości wierzycieli w powiązaniu z postanowieniami konkretnej umowy konsorcjum (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21). Zasada ta odnosi się także do dochodzenia roszczeń wynikających z odstąpienia od umowy, której stroną byli konsorcjanci. Z reguły tych nie wynika, aby dochodzić świadczenia pieniężnego na swoją rzecz, będącego wynagrodzeniem za wykonane roboty albo odpowiadającego równowartości spełnionego świadczenia niepieniężnego w razie odstąpienia od umowy, mogli wyłącznie wszyscy uprawnieni wierzyciele-konsorcjanci łącznie. Nie jest w związku z tym niezbędne, wbrew stanowisku pozwanej, szczególne postanowienie umowne, które kreowałoby uprawnienie

konsorcjantów do samodzielnego dochodzenia zapłaty w określonej części. Nie można też w konsekwencji zasadnie twierdzić, aby materialne współuczestnictwo tych wierzycieli miało z istoty stosunku prawnego charakter konieczny w rozumieniu art. 72 § 2 w związku z art. 195 k.p.c.; tym bardziej zaś konieczny charakter tego współuczestnictwa nie wynika z przepisu ustawy.

W świetle art. 379 § 1 k.c. każdy z wierzycieli świadczenia pieniężnego może dochodzić świadczenia samodzielnie w części nań przypadającej; części te są równe, jednak z okoliczności może wynikać inaczej. Z materiału sprawy nie wynikało, aby dochodzone przez powódkę świadczenie – w okolicznościach sprawy – przenosiło przypadającą na nią część świadczenia pieniężnego należnego w związku z odstąpieniem od umowy przez pozwaną; przeciwnie Sąd Apelacyjny wskazał wprost, że pozwana w żadnym zakresie nie podważyła oświadczenia M., będącej drugim z konsorcjantów, według którego M. nie wykonała żadnych prac w ramach umowy konsorcjum łączącej konsorcjantów z pozwaną. Argumentację pozwanej, skupioną na konieczności występowania obu konsorcjantów łącznie ze względu na brak uregulowania przez konsorcjantów, mimo wyrażenia takiego zamiaru *expressis verbis* w postanowieniach umowy konsorcjum, podziału zadań między nimi i odpowiadającego im wynagrodzenia, należało w tym kontekście uznać za chybioną. Akcentowanym przez pozwaną trudnościom z ustaleniem części świadczenia należnych każdemu z konsorcjantów, a w konsekwencji niepewności po stronie dłużnika, strony przedsięwzięcia mogą przeciwdziałać w granicach swobody umów, która zezwala na unormowanie zasad spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz konsorcjantów z wyłączeniem ogólnych reguł wynikających z art. 379 § 1 i art. 381 k.c., z tym, że uzgodnienie takie powinno znaleźć wyraźne odzwierciedlenie nie tylko w umowie konsorcjum, lecz także w umowie łączącej konsorcjantów z kontrahentem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2023 r., II CSKP 584/22); w razie wątpliwości zastosowanie ma ponadto domniemanie wynikające z art. 379 § 1 k.c. Pozwana nie wykazała ponadto, ani nawet nie twierdziła, aby z tytułu wykonanych na jej rzecz prac roszczenia zgłaszał drugi z konsorcjantów lub osoby działające na jego rzecz; rozważania pozwanej miały zatem w tej materii jedynie teoretyczny charakter.

Zarzuty związane z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. należało zatem uznać za bezzasadne, co determinowało również bezzasadność zarzutów naruszenia art. 72 w związku z art. 195 § 1 i 2 k.p.c.

Druga płaszczyzna zarzutów materialnoprawnych dotyczyła konsekwencji odstąpienia od umowy przez pozwaną w aspekcie przysługiwania powódce dochodzonej wierzytelności i jej wymagalności. Zarzuty te pozwana wiązała z charakterem prawnym umowy o partnerstwo publiczno-prywatne, w której wysokość wynagrodzenia zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa, a płatność wynagrodzenia na rzecz partnera prywatnego jest rozłożona na wiele lat.

Przepis art. 7 u.p.p. pozwala stronom umowy o partnerstwo publiczno-prywatne w szerokim zakresie kształtować źródło i sposób zapłaty wynagrodzenia podmiotu prywatnego. *In casu* przewidziano, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy będzie miało charakter ryczału, płatnego w rocznych transzach od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. Szerokie rozważania skargi, w których akcentowano wagę tego rozwiązania z punktu widzenia pewności obrotu i obciążenia finansów partnera publicznego, odrywały się jednak od okoliczności sprawy. Zasądzona od pozwanej kwota nie stanowiła wynagrodzenia należnego powódce na podstawie umowy, lecz odpowiednik wartości świadczenia niepieniężnego spełnionego przez powódkę na rzecz pozwanej. Sądy przyjęły, że w związku z odstąpieniem od umowy wzajemne rozliczenie stron powinno nastąpić na podstawie art. 395 § 2 w związku z art. 494 § 1 k.c. Zakłada to, mając na względzie, że odstąpienie od umowy pociąga za sobą skutek *ex tunc*, konieczność zwrotu równowartości świadczenia w postaci wartości zrealizowanych robót obliczonej według cen rynkowych, co sprowadza się do ustalenia ich kosztorysowej wartości (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2021 r., V CNP 14/20 i powołane tam orzecznictwo).

Do umów o partnerstwo publiczno-prywatne mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego regulujące skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 487 i n. k.c.), na co wskazuje się również w piśmiennictwie. Dotyczy to także regulacji związanych z wykonaniem umownego prawa odstąpienia

i jego konsekwencjami (art. 395 § 2 k.c.). Strony, zgodnie z art. 7 ust. 3 u.p.p., mogą te rozwiązania modyfikować w granicach przysługującej im swobody umów, w tym zamieścić w umowie dodatkowe zastrzeżenia umowne w postaci kar umownych, które przewidziano także w umowie z dnia 23 listopada 2011 r. m.in. na wypadek niedotrzymania terminów, a także odstąpienia od umowy przez pozwaną z winy partnera (§ 10 umowy). Możliwe jest również przewidzenie szczególnych zasad, w tym terminów, dotyczących zwrotu wzajemnych świadczeń lub ich równowartości oraz zapłaty wynagrodzenia za świadczone usługi na wypadek odstąpienia od umowy, zważywszy, że art. 395 § 2 k.c. ma dyspozytywny charakter (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2016 r., IV CSK 687/15). Strona korzystająca z umownego prawa do odstąpienia od umowy, w braku innych ustaleń umownych, musi jednak liczyć się z tym, że umowa w takim przypadku jest uważana za niezawartą (art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c.), tracą zatem skutek umowne ustalenia co do terminów zapłaty wynagrodzenia, a w ich miejsce wchodzi reguły wynikające z ustawy.

Nie można było zatem podzielić argumentów pozwanej, według których odwołanie się przez Sądy *meriti* do ustawowych konsekwencji wykonania prawa odstąpienia, wobec braku unormowania tej kwestii w odmienny sposób w umowie, stanowiło niedopuszczalną „modyfikację” umowy o partnerstwo publiczno-prywatne. Wskazywane w skardze kasacyjnej obawy przed zawieraniem tego rodzaju umów w przyszłości, skoro partner publiczny może zostać „zawsze” postawiony przed koniecznością natychmiastowej zapłaty w razie częściowego zrealizowania świadczenia, nie są przekonujące. Odstąpienie od złożonego kontraktu, zakładającego wieloletnią współpracę przy budowie i eksploatacji obiektu sportowego, jest najdalej idącym krokiem w relacji między stronami, prowadzi do zniweczenia zawartej umowy, uniemożliwienia osiągnięcia jej celu i powinno być realizowane w sposób przemyślany, z uwzględnieniem umownych i ustawowych konsekwencji prawnych tej czynności, w tym w aspekcie poziomu długu publicznego po stronie partnera publicznego. Partner publiczny może, ale nie musi korzystać z tej możliwości, nawet jeżeli wynika ona z postanowień umowy. Partner publiczny może zarazem, jak była mowa, łagodzić ustawowe konsekwencje ewentualnego wykonania prawa odstąpienia przez wprowadzenie do umowy

odpowiednich postanowień regulujących zasady rozliczenia stron na wypadek wcześniejszego wycofania się z umowy, zwłaszcza, jeżeli podłożem odstąpienia są przyczyny leżące po stronie kontrahenta. Nie ma przeszkód, aby postanowienia te uwzględniały konieczność zachowania odpowiedniego poziomu długu publicznego po stronie publicznego partnera przedsięwzięcia.

W okolicznościach sprawy pozwana podjęła decyzję o odstąpieniu od umowy z powołaniem się na niespełnienie przez powódkę warunków ubezpieczenia przedmiotu umowy. Mimo że powódka kwestionowała skuteczność odstąpienia, Sądy *meriti* podzieliły w tej materii stanowisko pozwanej. Pozwana uznała zatem rozwiązanie to za optymalne z punktu widzenia jej sytuacji prawnej. Powoływanie się w tym stanie rzeczy na fakt, że określone w kodeksie cywilnym skutki tego kroku w postaci konieczności zwrotu na rzecz powódki równowartości spełnionego przez nią świadczenia niepieniężnego wcześniej, aniżeli przypadłaby płatność wynagrodzenia za to świadczenie zgodnie z postanowieniami umowy, są dla pozwanej krzywdzące, nie zasługiwało na aprobatę. Podkreślić trzeba raz jeszcze, że źródłem świadczenia dochodzonego przez powódkę nie była umowa i nie opiewało ono na umówione wynagrodzenie (jego część). Roszczenie powódki o zapłatę wynagrodzenia umownego, które było związane z realizacją projektu i osiągnięciem celu umowy, upadło wraz z upadkiem umowy na skutek wykonania przez pozwaną prawa odstąpienia. Podstawą tego świadczenia był natomiast stosunek prawny kształtowany – w braku odmiennych postanowień umownych – dyspozytywnymi przepisami ustawy, przy czym przyczyną jego powstania było skorzystanie z określonego uprawnienia przez pozwaną.

Za bezzasadny należało uznać w związku z tym także zarzut naruszenia art. 320 k.p.c., który skarżąca wiązała z twierdzeniem, że specyfika stosunku zobowiązaniowego opartego na umowie z dnia 23 listopada 2011 r., zakładającego wypłatę wynagrodzenia w ciągu 10 lat, stoi na przeszkodzie zasądzeniu całości dochodzonego przez powódkę świadczenia pieniężnego jednorazowo. To, że strony przewidziały w umowie ratalną płatność wynagrodzenia przez wiele lat, nie stanowi *per se* szczególnie uzasadnionego wypadku w rozumieniu art. 320 k.p.c., który uzasadniałby rozłożenie na raty zasądzonego świadczenia należnego jednej ze stron w związku z odstąpieniem od umowy przez drugą stronę.

Z kwestią umownych ustaleń co do terminu płatności wynagrodzenia pozwana wiązała również zarzuty naruszenia art. 455 k.c. i art. 328 § 2 (w dawnym brzmieniu) w związku z art. 391 § 1 k.p.c., wynikającego z błędnego przyjęcia terminu wymagalności roszczenia powódki w oparciu o fakturę VAT z dnia 18 września 2013 r. W tym kontekście należało ponownie zaznaczyć, że umowne terminy wymagalności wynagrodzenia nie mogły mieć wpływu na wymagalność roszczenia dochodzonego w sprawie, wynikłego z odstąpienia od umowy i traktowania jej jako niezawartą. Pogląd, że doręczenie faktury VAT, obejmującej termin płatności, może być traktowane jako wezwanie do zapłaty, ma podstawę w utrwalonym orzecznictwie (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1992 r., III CZP 56/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 219 i wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1999 r., I CKN 964/97 oraz z dnia 23 października 2001 r., I CKN 323/99, OSNC 2002, nr 7-8, poz. 94). Ogólnikowe stwierdzenie, że kwota wskazana na fakturze znacznie odbiegała od wartości robót w sytuacji, w której Sąd Okręgowy wskazał, iż kwota podana w fakturze okazała się w przeważającej części zasadna, a wartość wykonanych prac odpowiadała wartości wskazanej w protokole odbioru oceniającym jakość prac jako dobrą, nie stanowiło dostatecznego uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 455 k.c. (por. też *mutatis mutandis* wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2022 r., II CSKP 270/22). W kontekście art. 328 § 2 w dawnym brzmieniu w związku z art. 391 § 1 k.p.c. należało jedynie przypomnieć, że sąd drugiej instancji nie jest zobowiązany odnieść się do każdego twierdzenia i argumentu prawnego podniesionego w apelacji, a ewentualne zaniechanie rozpoznania sprawy w granicach apelacji przez pominięcie zarzutu apelacyjnego wymaga podniesienia zarzutu kasacyjnego naruszenia art. 378 § 1 k.p.c., czego w skardze nie uczyniono. Niezależnie od tego, wobec poczynionych wcześniej uwag w płaszczyźnie prawa materialnego, pominięcie tej kwestii w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie mogło mieć wpływu na wynik sprawy (por. art. 398<sup>3</sup> § 1 pkt 2 *in fine* k.p.c.).

## 2. Co do skargi kasacyjnej powódki:

Za niezasadne a częściowo niedopuszczalne należało uznać zarzuty naruszenia prawa procesowego, w których powódka wskazywała na naruszenie

w szerokim zakresie art. 233 § 1 k.p.c., art. 382 w związku z art. 235 § 1 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 (w dawnym brzmieniu) w związku z art. 391 § 1 k.p.c.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest w postępowaniu kasacyjnym niedopuszczalny, co wynika ze specyfiki tego postępowania i co znajduje wyrażne odzwierciedlenie w art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. Rola Sądu Najwyższego w tym postępowaniu nie polega na korygowaniu niedostatków w zakresie ustaleń faktycznych lub badaniu prawidłowości oceny dowodów, lecz sprowadza się do kontroli legalności zaskarżonego orzeczenia przy związaniu stanem faktycznym stanowiącym jego podstawę (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.). Powódka nie mogła zatem skutecznie podnosić w postępowaniu kasacyjnym, że wbrew ocenie Sądu Apelacyjnego udowodniła fakty związane z wysokością poniesionych kosztów finansowania budowy oraz kosztów nadzoru autorskiego i inwestorskiego.

Przepis art. 382 k.p.c. wyraża ogólną dyrektywę, zgodnie z którą sąd rozpoznający apelację jest obowiązany uwzględnić całokształt materiału procesowego, zgromadzonego zarówno przed sądem pierwszej, jak i drugiej instancji. Koresponduje on z przyjętym w kodeksie postępowania cywilnego modelem apelacji pełnej, podkreślając, że kompetencje rozpoznawcze, pozwalające na samodzielną ocenę dowodów i dokonywane ustaleń faktycznych, przysługują także sądowi drugiej instancji. Do naruszenia tego przepisu może dojść wtedy, gdy sąd drugiej instancji pominie część zgromadzonego w sprawie materiału, czego nie można utożsamiać z sytuacją, w której sąd ten – dostrzegłszy określony materiał – oceni go zdaniem strony niewłaściwie, bądź uzna, że jest on nieprzydatny do rozstrzygnięcia z uwagi na inne ustalone okoliczności lub ze względu na przyjętą materialnoprawną koncepcję rozstrzygnięcia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 2018 r., I CSK 556/17 i z dnia 20 lutego 2020 r., IV CSK 561/18, OSNC-ZD 2021, nr D, poz. 34). Przepis art. 382 k.p.c. nie wiąże się natomiast z zasadą bezpośredniości postępowania dowodowego ani z zaniechaniem poczynienia oczekiwanych przez stronę ustaleń faktycznych. Sąd Apelacyjny wskazał ponadto, że ogólna polisa ubezpieczeniowa powódki nie czyniła zadość obowiązkowi wynikającemu z § 6 umowy z dnia 23 listopada 2011 r., a zarazem powódka, mimo wezwania, nie zawarła i nie złożyła wymaganej umowy ubezpieczenia. Sytuacja, w której sąd drugiej instancji dokonuje ustaleń na

podstawie dokumentów znajdujących się w materiale sprawy, nie narusza zasady bezpośredniości w rozumieniu art. 235 § 1 k.p.c. Z wywodów skarżącej nie wynikało, w jaki inny sposób – przy uwzględnieniu tych uwag – miałyby *in casu* dojść do naruszenia art. 235 § 1 k.p.c. przed Sądem Apelacyjnym.

Naruszenie art. 328 § 2 (w dawnym brzmieniu) w związku z art. 391 k.p.c. może – jak wielokrotnie wyjaśniano w orzecznictwie – mieć miejsce jedynie wyjątkowo, gdy zaskarżony wyrok nie poddaje się efektywnej kontroli kasacyjnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2018 r., I CSK 608/17 i powołane tam dalsze orzecznictwo). Zarzutu tego nie uzasadnia natomiast sytuacja, w której sąd nie rozważył – zdaniem strony - „skutków wydania reformatoryjnego orzeczenia w sprawie w aspekcie przysługującego stronom uprawnienia do kontroli kasacyjnej rozstrzygnięcia”, jak również brak analizy „wszystkich istotnych z punktu widzenia wydanego rozstrzygnięcia dowodów”. W okolicznościach sprawy zaskarżony wyrok pozwalał na poddanie go kontroli kasacyjnej z zastrzeżeniem podstawy rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutu przedawnienia roszczenia pozwanej z tytułu kary umownej, co uwzględniono w kontekście zarzutu naruszenia art. 118 i art. 498 oraz art. 499 k.c.

Zarzut naruszenia art. 13 u.p.p. w relewantnym brzmieniu powódka łączyła z nieprawidłowym jej zdaniem przyjęciem przez Sądy *meriti*, że aneks nr 1 do umowy z dnia 23 listopada 2011 r. był nieważny, a tym samym, że pozwana skutecznie odstąpiła od umowy powołując się na postanowienia wyeliminowane tym aneksem. Zdaniem powódki, aneks nr 1 nie stanowił istotnej zmiany umowy, a zatem był skuteczny.

Z materiału sprawy wynikało, że aneksem nr 1 z dnia 14 marca 2012 r. uchylono § 13 umowy z dnia 23 listopada 2011 r. ustanawiający umowne prawo odstąpienia na rzecz pozwanej jako zamawiającego, m.in. w przypadku przerwania przez partnera robót, przerwania usuwania przez partnera wad budowlanych lub niedopełnienia obowiązku ubezpieczenia. Postanowienie to nie było bez znaczenia dla rozkładu praw i obowiązków stron, zwiększając ochronę prawną pozwanej na wypadek woli wcześniejszego wycofania się z umowy, stanowiącej przedsięwzięcie zakrojone na wiele lat. Wyczerpująca ocena, czy uchylene tego postanowienia

należało uznać za istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 13 ust. 1 u.p.p. wymagałaby jednak odniesienia go nie tylko do całokształtu postanowień umownych, lecz także do treści oferty, mając na względzie, że przyjęte w powołanym przepisie kryterium „istotności” zmiany postanowienia umownego podlegać ma ocenie w relacji do treści oferty.

Analiza taka w okolicznościach sprawy nie była jednak konieczna, ponieważ zasadniczą podstawą przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że aneks nr 1 był pozbawiony skutków prawnych nie była jego sprzeczność z art. 13 ust. 1 u.p.p., a w konsekwencji nieważność na podstawie art. 13 ust. 2 u.p.p., lecz to, że został on podpisany przez powódkę, która nie dysponowała pełnomocnictwem drugiego członka konsorcjum do dokonywania zmian w umowie z dnia 23 listopada 2011 r. Sąd Apelacyjny podniósł, że pełnomocnictwo udzielone powódce obejmowało wyłącznie podpisanie umowy z pozwaną zgodnie z wynikiem postępowania w ramach zamówienia publicznego, nie zaś dokonywanie zmian tej umowy. Powódka nie odniosła się w istocie do tego argumentu, poprzestając na przeciwnym i ogólnym twierdzeniu, że prezes zarządu powódki R. M. dysponował stosownym pełnomocnictwem udzielonym przez „M.”. Z materiału sprawy wynikało natomiast, że pełnomocnictwo z dnia 18 listopada 2011 r. (k. 459), do którego odwołał się Sąd Apelacyjny, zostało udzielone do podpisania umowy na wykonanie zadania pod nazwą odpowiadającą tytułowi umowy z dnia 23 listopada 2011 r.

Jeżeli zdaniem powódki Sąd Apelacyjny dokonał błędnej wykładni pełnomocnictwa z dnia 18 listopada 2011 r. przypisując mu zbyt wąską treść, poddanie tego stanowiska kontroli Sądu Najwyższego wymagało postawienia zarzutu naruszenia art. 65 § 1 k.c. i wsparcia go stosowną argumentacją. W braku tego zarzutu, Sąd Najwyższy nie miał podstaw, aby podważyć stanowisko Sądu Apelacyjnego, według którego powódka nie dysponowała stosownym pełnomocnictwem do zmiany umowy z dnia 23 listopada 2011 r., a tym samym uchylenie § 13 umowy nie było skuteczne. Wywody powódki, w których wskazywano na brak przesłanek uprawniających do odstąpienia od umowy, ponieważ powódka złożyła wymagane polisy ubezpieczeniowe miały natomiast – wobec przeciwnych ustaleń Sądu Apelacyjnego – charakter polemiki z podstawą

faktyczną wyroku, która w postępowaniu kasacyjnym nie mogła okazać się skuteczna.

Powódka nie wykazała tym samym, aby przyjmując skuteczność oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy z dnia 23 listopada 2011 r. Sąd Apelacyjny naruszył przepisy powołane w podstawach skargi.

Za niezasadny – wobec wcześniejszych rozważań w kontekście art. 233 § 1 k.p.c. – należało uznać także zarzut naruszenia art. 395 w związku z art. 494 k.c. Miarodajny do oceny tego zarzutu był stan faktyczny ustalony przez Sąd Apelacyjny (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.), Sąd ten zaprzeczył zaś, aby powódka wykazała poniesienie kosztów finansowania budowy i wydatków z tytułu nadzoru autorskiego i inwestorskiego. Ze względu na charakter postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy nie mógł uwzględnić twierdzeń powódki, według których w materiale sprawy złożono dokumenty potwierdzające poniesienie wydatków w związku z nadzorem autorskim i inwestorskim, jak również twierdzeń – wybiegających poza podstawę faktyczną wyroku Sądu Apelacyjnego – obrazujących sposób obliczenia kosztów finansowania budowy w odwołaniu do uzgodnień z bankiem finansującym. Rozważany zarzut okazał się zatem nietrafny, niezależnie od pewnych wątpliwości związanych ze stanowiskiem Sądów *meriti*, które przy ocenie skutków odstąpienia od umowy akcentowały art. 494 § 1 k.c., mimo że odstąpienie przez pozwaną od umowy nastąpiło w wykonaniu umownego (art. 395 k.c.), nie zaś ustawowego prawa odstąpienia.

Za trafne należało natomiast uznać zarzuty naruszenia art. 118 w związku z art. 498 i art. 499 k.c. w kontekście podniesionego przez powódkę zarzutu przedawnienia roszczenia pozwanej z tytułu kary umownej, a w konsekwencji skuteczności potrącenia dokonanego w toku postępowania apelacyjnego.

W judykaturze Sądu Najwyższego dominuje pogląd, że gmina, realizując zadania własne wymienione w art. 7 u.s.g. przez zawieranie umów mających charakter czynności z zakresu obrotu gospodarczego, jest przedsiębiorcą (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 522/12 i powołane tam orzecznictwo oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2015 r., V CSK 295/14, OSNC-ZD 2016, nr C, poz. 40). Samą działalność gospodarczą

określa się przez wskazanie charakteryzujących ją cech, takich jak profesjonalny charakter, powtarzalność i racjonalność działań, działanie na własny rachunek, uczestnictwo w obrocie gospodarczym oraz podporządkowanie regułom gospodarki rynkowej. Działanie bez zamiaru uzyskania zysku, lecz jedynie w celu uzyskania wpływów na pokrycie prowadzonej działalności, nie pozbawia działalności charakteru działalności gospodarczej.

Realizowanie przez gminę zadań własnych w zasadzie stanowi działalność gospodarczą, jeżeli spełnia ono powołane cechy, przy czym ocena ta musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach i kontekście prawnym danego przypadku, gdyż działalność gmin nie ma jednorodnego charakteru, a jej cele oraz sposoby ich osiągania są różnorodne. W judykaturze opowiedziano się jednak za przypisaniem gminie prowadzenia działalności gospodarczej m.in. wtedy, gdy zaspokaja ona zbiorowe potrzeby ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2017 r., III CZP 3/17, OSNC 2017, nr 11, poz. 127).

Z dokonanych ustaleń wynikało, że przedmiotem umowy z dnia 23 listopada 2011 r. była budowa i eksploatacja kompleksu rekreacyjno-sportowego – etap I obejmujący budowę hali sportowej, określonego jak „obiekt sportowy”. Strony ustaliły również, że pozwana będzie zobowiązana w okresie eksploatacji do wykorzystywania obiektu sportowego zgodnie z celem polegającym na prowadzeniu działalności w zakresie „świadczenia usług obiektu sportowego” (§ 7 ust. 4 umowy z dnia 23 listopada 2011 r.). Jakkolwiek zgodzić się należało z argumentacją pozwanej, że powołane przez powódkę argumenty dotyczące prawnopodatkowego statusu gminy jako podatnika VAT nie mogły mieć rozstrzygającego znaczenia przy ocenie, czy roszczenie gminy jest związane z działalnością gospodarczą, to jednak przedstawione ujęcie przedmiotu umowy – w świetle powołanego wcześniej orzecznictwa – nie wyklucza zakwalifikowania jej jako czynności z zakresu obrotu gospodarczego dokonanej w celu realizacji przez gminę jej zadań własnych (por. art. 7 ust. 1 pkt 10 u.s.g.), przy czym okoliczność, że zadania te mają charakter użyteczności publicznej nie stoi na przeszkodzie takiej kwalifikacji.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwana podnosiła, że obiekt sportowy stanowi część placówki oświatowej, względnie, że jest zespolony z budynkiem Zespołu Szkół w K., wskazując zarazem, że wykonywanie zadań inwestycyjnych związanych z prowadzeniem gminnej placówki oświatowej nie stanowi działalności gospodarczej gminy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 522/12 i powołane tam orzecznictwo). Kwestia ewentualnego związku między zawarciem umowy z dnia 23 listopada 2011 r. a prowadzeniem przez gminę placówki oświatowej, a co za tym idzie możliwość zakwalifikowania budowy obiektu sportowego jako rozbudowy tej placówki, w celu zapewnienia należytych warunków jej działania, przy uwzględnieniu skali zamierzonej inwestycji i jej celów, nie została jednak objęta ustaleniami faktycznymi ani rozważaniami Sądów *meriti*. Przyjmując, że roszczenie pozwanej z tytułu kary umownej podlega 10 letniemu terminowi przedawnienia Sąd Apelacyjny uznał jedynie, że nie dotyczy ono świadczenia okresowego i nie jest związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Stanowisko to nie zostało w żaden sposób uzasadnione; Sąd Apelacyjny nie poczynił w tej mierze dostatecznych ustaleń faktycznych, które mogłyby – w kontekście wypracowanych w orzecznictwie reguł – pozwolić na ocenę, czy zawartą przez pozwaną umowę z dnia 23 listopada 2011 r. należy kwalifikować jako czynność niezwiązaną albo związaną z działalnością gospodarczą ani nie poczynił w tym zakresie bliższych rozważań prawnych.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 118 k.c., a w konsekwencji także art. 498 i art. 499 k.c. należało uznać za trafny; w tym też zakresie stanowisko Sądu Apelacyjnego uchylało się w istocie kontroli kasacyjnej (art. 328 § 2 w dawnym brzmieniu w związku z art. 391 § 1 k.p.c.). Oceny tej nie zmieniał uzupełniające odwołanie się przez Sąd Apelacyjny do art. 502 k.c. Ustalenia faktyczne nie obejmowały bowiem chwili, w której wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej została postawiona w stan wymagalności z uwzględnieniem jej bezterminowego charakteru (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015, nr 7-8, poz. 86). Przez chwilę, w której potrącenie stało się możliwe (art. 502 k.c.), należy natomiast rozumieć powstanie stanu potrącalności, uwarunkowanego m.in. wymagalnością wzajemnych wierzytelności (art. 498 k.c.), który to stan musi mieć miejsce przed upływem terminu

przedawnienia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2004 r., I CK 141/04).

Z tych względów, na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 i art. 398<sup>14</sup> k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.