



Sygn. akt III CSKP 75/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Agnieszka Piotrowska (przewodniczący)

SSN Marta Romańska (sprawozdawca)

SSN Roman Trzaskowski

w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego "W."
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko Powiatowi B.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 30 czerwca 2021 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt I AGa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania
i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „W.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniósł o zasądzenie od Powiatu B. kwoty

848.459,21 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 472.742,09 zł od 27 stycznia 2013 r., od kwoty 51.115,17 zł od 7 marca 2013 r., od kwoty 26.992,35 zł od 29 stycznia 2013 r., od kwoty 297.627,60 zł od 23 września 2013 r., jako wynagrodzenia za roboty budowlane, które wykonała przy realizacji zadania pod nazwą „Dokończenie budowy wielofunkcyjnej sali sportowej w Ł.”, a za które nie uzyskała zapłaty.

Pozwany Powiat B. wniósł o oddalenie powództwa. Zarzucił, że powódka nie ma legitymacji do samodzielnego występowania o zapłatę wynagrodzenia, umowę wykonywała bowiem w konsorcjum ze spółką jawną „M.”.

Wyrokiem z 29 listopada 2016 r. Sąd Okręgowy w K. oddalił powództwo. Sąd Okręgowy ustalił, że 5 marca 2012 r. powódka i spółka „M.” zawarły umowę konsorcjum w celu wykonania zadania pod nazwą „Dokończenie budowy wielofunkcyjnej sali sportowej o wymiarach 24x45 m wraz z częścią socjalną w Ł. na dz. Nr (...) - Gmina Ł.” na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie kontraktu, który zostanie zawarty z pozwanym. Dla realizacji tego celu strony zobowiązały się działać na zasadach określonych umową i postanowiły, że umowa ulegnie rozwiązaniu po wykonaniu umowy zawartej z pozwanym i wygaśnięciu zobowiązań wynikających z rękojmi i udzielonej gwarancji. W razie nieuzyskania zamówienia umowa miała ulec rozwiązaniu w terminie 21 dni od daty powiadomienia o tym przez pozwanego. Szczegółowy podział zadań w związku z realizacją zadania inwestycyjnego określał załącznik do umowy konsorcjum. Liderem konsorcjum została powódka i jako lider konsorcjum została upoważniona do prowadzenia spraw konsorcjum i reprezentowania jego interesów podczas wykonywania zamówienia. Strony potwierdziły, że powódka jako lider konsorcjum złożyła pozwanemu ofertę i zawarła z nim umowę w imieniu konsorcjum na podstawie pełnomocnictw szczegółowych stanowiących załącznik do umowy konsorcjum. Strony postanowiły, że w razie podpisania umowy z pozwanym i przystąpienia do jej realizacji, każdy z konsorcjantów będzie wykonywał przypisany mu zakres zadań na własny koszt i ryzyko. W takim też zakresie każdy z konsorcjantów będzie miał prawo samodzielnego zawierania umów ze swoimi dostawcami lub ewentualnymi usługodawcami bądź podwykonawcami. Strony postanowiły, że odpowiadają

solidarnie przed pozwanym za ewentualne szkody, gdyby powstały na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W stosunku do osób trzecich, z wyłączeniem pozwanego, każdy z konsorcjantów miał sam odpowiadać za szkodę, którą wyrządzi w związku z realizacją umowy. Powódka jako lider konsorcjum zobowiązała się zapewnić finansowanie oraz obsługę prawno-organizacyjną oraz finansowo-księgową w zakresie niezbędnym dla potrzeb realizacji umowy z pozwanym przez konsorcjantów. Tylko ona miała też obciążać pozwanego fakturami za wszystkie prace wykonane na budowie i protokolarnie odebrane, ale też rozliczać między konsorcjantami należne im wynagrodzenie w terminie czternastu dni po złożeniu faktur częściowych i końcowych. Zmiany umowy konsorcjum wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. Spółka „M.” udzieliła powódce pełnomocnictwa do reprezentowania jej przed pozwanym w celu podpisania oferty i umowy dotyczącej zadania pod nazwą „Dokończenie budowy wielofunkcyjnej Sali sportowej o wymiarach 24x45 m wraz z częścią socjalną w Ł. na dz. Nr (...) - Gmina Ł.”.

9 marca 2012 r. pozwany oraz konsorcjum reprezentowane przez powódkę jako lidera zawarli umowę o zaprojektowanie i wykonanie przez wykonawcę robót budowlanych polegających na dokończeniu budowy wielofunkcyjnej sali sportowej o wymiarach 24 x 45 m wraz z częścią socjalną i wyposażeniem w Ł. na działce nr (...) - Gmina Ł.. Strony przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 2.419.736,58 zł netto, to jest 2.976.276 zł brutto. Zapłata wynagrodzenia miała następować na podstawie faktur częściowych i końcowej wystawionych na podstawie protokołów odbiorów częściowych i protokołu odbioru końcowego. Wraz z fakturą końcową wykonawca obowiązany był przedłożyć zamawiającemu protokół odbioru końcowego oraz oświadczenie wszystkich podwykonawców robót budowlanych o otrzymaniu przez nich wynagrodzenia należnego im na podstawie umów zawartych z wykonawcą, a także kopie otrzymanych od podwykonawców faktur i potwierdzeń przelewów dokonanych na podstawie tych faktur. Wynagrodzenie miało być wypłacone w terminie trzydziestu dni od daty otrzymania przez pozwanego prawidłowo sporządzonej faktury. Okres rękojmi za wady wynosił 36 miesięcy od daty odbioru końcowego. Wykonawcy przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, jeżeli zamawiający nie dokonałby zapłaty należności z

faktury, mimo dodatkowego pisemnego wezwania, w terminie sześćdziesięciu dni od upływu terminu zapłaty określonego w umowie oraz w przypadku odmowy odbioru przedmiotu umowy lub podpisania protokołu odbioru bez wskazania uzasadnionej przyczyny. Oświadczenie o odstąpieniu miało być złożone na piśmie pod rygorem nieważności ze wskazaniem podstaw odstąpienia. W przypadku odstąpienia od umowy wykonawca obowiązany był do sporządzenia przy udziale zamawiającego protokołu inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwany przewidział udzielanie zamówień uzupełniających.

31 lipca 2012 r. powódka złożyła pozwanemu ofertę wykonania robót budowlanych związanych z usunięciem awarii gruntowego wymiennika ciepła za wynagrodzeniem 199.500 zł netto. Roboty mogły być wykonane w terminie do 21 dni od dostarczenia elementów gruntowego wymiennika ciepła od dostawcy. Czas na dostawę urządzeń wynosił do trzydziestu dni od daty złożenia zamówienia.

30 sierpnia 2012 r. pozwany jako zamawiający oraz konsorcjum jako wykonawca reprezentowane przez powódkę jako lidera zawarli umowę o usunięcie awarii gruntowego wymiennika ciepła wykonanego przez spółkę Przedsiębiorstwo (...) P.U.H. F., które przerwało działania naprawcze w budynku sali gimnastycznej w Ł.. Wykonawca zobowiązał się wykonać oznaczone precyzyjnie prace oraz dodatkowo takie, których potrzeba wykonania się ujawni, lecz wartość nie przekroczy 10% wynagrodzenia ryczałtowego, w terminie do 30 października 2012 r., za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 245.385 zł brutto. Wynagrodzenie za pozostałe prace określono na 24.538,50 zł brutto. Zamawiający miał prawo naliczenia kary umownej w wysokości 0,2% wartości brutto przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązania. 30 października 2012 r. strony zawarły aneks do umowy, przedłużając termin realizacji robót do 30 listopada 2012 r.

20 września 2012 r. powódka sporządziła kosztorys ofertowy uzupełniający usunięcia awarii gruntowego wymiennika ciepła, w którym określiła dodatkowy koszt usunięcia awarii na kwotę 83.847,34 zł brutto.

15 stycznia 2013 r. powódka wystawiła fakturę za usunięcie awarii gruntowego wymiennika ciepła na kwotę 269.923,50 zł. 25 stycznia 2013 r. pozwany odebrał od powódki roboty budowlane związane z usunięciem awarii gruntowego wymiennika ciepła. W protokole podano, że wartość robót to kwota 219.450 zł netto.

Pozwany naliczył karę umowną w wysokości 26 992,35 zł za wykonanie robót związanych z usuwaniem awarii gruntowego wymiennika ciepła z opóźnieniem.

2 kwietnia 2013 r. pozwany, odpowiadając na wezwanie powódki do zapłaty kwoty 26.992,35 zł tytułem wynagrodzenia za usuwanie awarii gruntowego wymiennika ciepła, stwierdził, że nie zapłaci tego wynagrodzenia, ponieważ naliczył karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 26.992,35 zł i potrącił tę karę z wynagrodzeniem za usuwanie awarii gruntowego wymiennika ciepła.

29 października 2012 r. pozwany jako zamawiający oraz konsorcjum jako wykonawca, reprezentowane przez powódkę jako lidera, zawarli umowę o wykonanie instalacji elektrycznej (okablowania do nagłośnienia) sali gimnastycznej w Ł., zgodnie z ofertą stanowiącą załącznik do umowy, w terminie do 30 listopada 2012 r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 9.594 zł brutto.

1 marca 2013 r. powódka działając w imieniu konsorcjum złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 9 marca 2012 r. z winy pozwanego ze skutkiem na 4 marca 2013 r., a to z uwagi na odmowę, bez wskazania uzasadnionej przyczyny, podpisania protokołu odbioru drugiego etapu robót. Stwierdziła, że konsekwencją odstąpienia od umowy jest naliczanie kar umownych w wysokości 10% wartości umowy i obciążyła pozwanego karą umowną w wysokości 297.627,60 zł.

2 kwietnia 2013 r. konsorcjum reprezentowane przez powódkę jako lidera wystąpiło do Sądu Rejonowego w B. z wnioskiem o zaważanie pozwanego do próby ugodowej, której przedmiotem miało być odstąpienie od naliczania i potrącenia kary umownej w wysokości 273.817,39 zł z należności konsorcjum z umowy z 9 marca 2012 r., zezwolenie na cofnięcie oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 9 marca 2012 r. złożonego przez lidera konsorcjum, podpisanie aneksu do umowy z 9 marca 2012 r. zmieniającego oznaczenie lidera konsorcjum na spółkę „M.” i terminu zakończenia budowy na 30 czerwca 2013 r., a także zobowiązanie pozwanego do zapłaty powódce kwoty 462.176,87 zł jako wynagrodzenia za roboty dodatkowe przy budowie sali sportowej w Ł..

20 maja 2013 r. powódka reprezentowana przez prezesa zarządu R. M., jako cedent, zawarła z E. M. działającym pod firmą B., jako cesjonariuszem, umowę przelewu wierzytelności przyszłej w kwocie 697.840,54 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy z 9 marca 2012 r., stanowiącej załącznik do umowy przelewu. 27 czerwca 2013 r. powódka powiadomiła pozwanego, że 20 maja 2013 r. przeniosła ekspektatywę wierzytelności z umowy z 9 marca 2012 r. o wartości należności głównej 697.840,54 zł na rzecz cesjonariusza E. M..

27 czerwca 2013 r. przed Sądem Rejonowym w B. powódka i spółka „M.” oraz pozwany zawarli ugodę zmieniającą umowę z 9 marca 2012 r. Strony postanowiły, że konsorcjum cofa oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z 9 marca 2012 r. a pozwany wyraża na to zgodę, strony wyrażają wolę dalszej współpracy i wydłużają ostateczny termin wykonania robót objętych umową z 9 marca 2012 r. na 30 czerwca 2013 r. Członkowie konsorcjum zrzekli się dochodzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za roboty dodatkowe ponad wynagrodzenie ryczałtowo ustalone w umowie o roboty budowlane z 9 marca 2012 r., dotyczące dokończenia budowy sali gimnastycznej w Ł.. Strony zgodnie oświadczyły, że określona w umowie o roboty budowlane z 9 marca 2012 r. kwota wynagrodzenia ryczałtowego jest stała i niezmienna. Pozwany oświadczył, że zamierza wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym wobec poprzedniego wykonawcy sali gimnastycznej w Ł. w przypadku ujawnienia się wad przedmiotu

zamówienia. Uzyskane ewentualnie środki przewiduje wykorzystać do zapłaty za roboty uzupełniające w przypadku potwierdzenia ich wykonania przez powódkę jako wykonawcę przy dokończeniu budowy sali gimnastycznej w Ł..

24 lipca 2013 r. E. M. działający pod nazwą B. obciążył pozwanego fakturą stwierdzającą wierzytelność w kwocie 567.350,03 zł netto, to jest 697.840,54 zł brutto z umowy o roboty budowlane, scedowaną zgodnie z umową o przelew przyszłych wierzytelności z 20 maja 2013 r.

1 sierpnia 2013 r. pozwany poinformował E. M., że umowa przelewu wierzytelności z 20 maja 2013 r. jest bezskuteczna, ponieważ pozwany nie wyraził zgody na przelew.

20 i 26 listopada 2013 r. pozwany poinformował powódkę, że jako inwestor zapłacił jej podwykonawcom wynagrodzenie, którego ona nie zapłaciła.

16 września 2013 r. powódka działając w imieniu konsorcjum złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 9 marca 2012 r. z winy pozwanego i ze skutkiem na 20 września 2013 r. z uwagi na odmowę podpisania protokołu odbioru robót oraz intencję niedokonania zapłaty za wymagalną należność w terminie sześćdziesięciu dni, mimo ponownego wezwania do zapłaty i zgłoszenia robót do odbioru końcowego przez kierownika budowy 26 czerwca 2013 r.

30 sierpnia 2013 r. pozwany wystąpił do Sądu Rejonowego w B. z wnioskami o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego wynagrodzenia należnego podwykonawcom powódki. Sąd Rejonowy w B. wnioski oddalił.

Sąd Okręgowy podzielił zarzut braku legitymacji czynnej powódki. Skoro bowiem konsorcjum jest typem spółki cywilnej, to do dochodzenia zapłaty wynagrodzenia należnego konsorcjantom konieczne jest ich współdziałanie. Współuczestnictwo procesowe między nimi ma charakter konieczny. Skoro zawiadomiona o możliwości wzięcia udziału w sprawie w charakterze powoda, spółka „M.” nie zgłosiła w niej udziału, to braki w zakresie legitymacji procesowej po stronie powodowej skutkowały oddaleniem powództwa.

Niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy wskazał, że ugoda zawarta przez strony przed Sądem Rejonowym w B. nasuwa pewne wątpliwości interpretacyjne, ponieważ w punkcie pierwszym użyto sformułowania „roboty dodatkowe” a w punkcie ostatnim użyto sformułowania „roboty uzupełniające”. Sąd Okręgowy zinterpretował te pojęcia i przyjął, że to, co strony rozumiały pod pojęciem „roboty dodatkowe” w ugodzie, pokrywa się z tym, co powódka nazywa w ten sposób we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe określone we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej pokrywa się z roszczeniem o zapłatę kwoty 472.742,09 zł dochodzonym w sprawie. Nie zostało wykazane przez powódkę, że ugoda została zawarta dla pozoru. Z wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wynika, że ustępstwem powódki jest rezygnacja z wynagrodzenia za roboty dodatkowe, a ustępstwem pozwanego jest zgoda na cofnięcie oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy i na zmianę umowy przez oznaczenie nowego terminu zakończenia robót, co z kolei prowadzi do ustępstwa w postaci wyeliminowania podstaw do naliczenia kary umownej przez pozwanego. Wątpliwości nasuwa wykładnia ostatniego punktu ugody stanowiącego o robotach uzupełniających, gdyż nie wiadomo, czy poza robotami dodatkowymi strony identyfikowały jeszcze jakieś roboty uzupełniające, za które należy się powódce wynagrodzenie, czy też roboty uzupełniające to to samo co roboty dodatkowe, a w ostatnim punkcie ugody strony tylko wskazały źródło finansowania wynagrodzenia za roboty dodatkowe i postanowiły, że mimo zrzeczenia się roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, pozwany zapłaci takie wynagrodzenie, jeżeli ze wskazanego w ugodzie źródła finansowania pozyska środki umożliwiające zapłatę. Zapłata wynagrodzenia za roboty dodatkowe została zatem uzależniona od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jednakże w pewnym stopniu uzależnionego od aktywności i woli pozwanego. Jeżeli nawet roboty uzupełniające są czymś innym niż roboty dodatkowe, to powódka nie domaga się w niniejszym procesie wynagrodzenia za te roboty, gdyż roszczenie o zapłatę kwoty 472.742,09 zł jest roszczeniem o zapłatę za roboty dodatkowe w rozumieniu nadanym temu pojęciu we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Jeżeli natomiast przyjąć, że klauzula zawarta w ugodzie wskazuje jedynie źródło finansowania, to wynika z niej jedynie, że pod pewnymi warunkami pozwany spełni

świadczenie na rzecz powódki. Powódka nie udowodniła, że te warunki wystąpiły. Skoro powódka zrzekła się w ugodzie roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, to Sąd powództwo oddalił.

W umowie dotyczącej wymiennika ciepła strony postanowiły, że wynagrodzenie powódki będzie ryczałtowe, natomiast wynagrodzenie za roboty dodatkowe - kosztorysowe, ale nie może ono przekroczyć 10% wynagrodzenia ryczałtowego. Także tę umowę zawarło konsorcjum. Kwota 26 992,35 zł przewyższała umówione wynagrodzenie i dlatego roszczenie o jej zapłatę powódce nie przysługuje. Roszczenie o zapłatę kwoty 51.115,17 zł pozwana uznała, ale z tą należnością skutecznie potrąciła wierzytelność o zapłatę kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pozwana nie dopuściła się opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, które by uzasadniało złożenie przez powódkę kolejnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a zatem powódka nie miała podstaw do naliczenia kar za spowodowanie złożenia tego oświadczenia.

Wyrokiem z 14 września 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powódki od wyroku Sądu Okręgowego z 29 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny zaakceptował ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i ocenę prawną sprawy przedstawioną przez ten Sąd. Za najistotniejsze uznał to, że powódka nie ma legitymacji do dochodzenia roszczeń objętych żądaniem pozwu. Umowę, w związku z którą dochodzi roszczeń zawarła bowiem jako uczestnik konsorcjum. Nie ma ono własnej podmiotowości prawnej, a w postępowaniu dotyczącym roszczeń jego uczestników w stosunku do zamawiającego powinni oni występować wspólnie, jako współuczestnicy konieczni. Do uzupełnienia legitymacji czynnej powódki w niniejszej sprawie nie doszło, mimo wykazania przez Sąd Okręgowy inicjatywy w tym kierunku (art. 195 k.c. w związku z art. 72 § 2 k.p.c.), a zatem powódce nie przysługuje legitymacja do dochodzenia zgłoszonych roszczeń.

Mimo tej oceny Sąd Apelacyjny odniósł się do zarzutów apelacji i stwierdził, że w ugodzie zawartej przez uczestników konsorcjum z pozwanym przed Sądem

Rejonowym w B. 27 czerwca 2013 r., konsorcjanci zrzekli się dochodzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za roboty dodatkowe ponad wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie z 9 marca 2012 r., a żądanie pozwu dotyczy wynagrodzenia za te roboty, które powódka wymieniła we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Od sutków prawnych tej ugody powódka nigdy się nie uchyliła.

Braki w zakresie legitymacji czynnej powódki zaważyły na uznaniu za bezzasadne jej roszczenia z umowy z 30 sierpnia 2012 r., gdyż Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu, że powódka zawarła tę umowę samodzielnie, a nie jako uczestnik konsorcjum.

Umowę cesji wierzytelności z 20 maja 2013 r. Sąd Apelacyjny uznał za nieskuteczną z tego powodu, że zawarta została między cedentem powódką a cesjonariuszem E. M. i dotyczyła wierzytelności z umowy z 9 marca 2012 r. Powódka jako cedent nie wskazała, że działała jako lider konsorcjum i w imieniu obu firm, które to konsorcjum utworzyły. Powódka nie mogła zatem skutecznie przelać wierzytelności, która ewentualnie przysługiwałaby konsorcjum. Dalszą tego konsekwencją było bezzasadne naliczenie przez powódkę kar umownych, po bezskutecznym złożeniu przez nią oświadczenia o odstąpieniu od umowy, uzasadnionym tym, że pozwany nie zapłacił należności stwierdzonej fakturą wystawioną przez E. M..

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego z 14 września 2018 r. powódka zarzuciła, że orzeczenie to zostało wydane z naruszeniem prawa procesowego i materialnego, tj.: - art. 386 § 4 i art. 382 k.p.c. w związku z art. 78 oraz art. 176 ust. 1 Konstytucji RP przez wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia mimo nierozpoznania istoty sprawy; - art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. przez błędne przyjęcie, że powódka nie posiadała legitymacji czynnej do występowania w procesie, chociaż w chwili zawarcia umowy cesji pomiędzy powódką a E. M. umowa z 9 marca 2012 r. nie obowiązywała, na skutek odstąpienia od niej przez powódkę, tym samym nie obowiązywały postanowienia umowy dotyczące zakazu cesji; - art. 195 § 2 w związku z art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. przez przyjęcie, że po stronie powodowej brak pełnej legitymacji czynnej; - art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 860 § 1 i art. 863 k.c. poprzez błędną wykładnię umowy konsorcjum zawartej pomiędzy

powódką a „M.” oraz błędne przyjęcie, że celem członków konsorcjum było zawarcie umowy spółki cywilnej i konsorcjum posiadało wspólny majątek, podczas gdy z umowy konsorcjum wynika jednoznacznie, że było ono zawiązane w celu realizacji konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego, nie miało wspólnego majątku, a uczestnik konsorcjum „M.” nie przyjęła do realizacji żadnego z etapów prac budowlanych.

Powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Pozwana wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

O wyniku postępowania w sprawie zadecydowało przede wszystkim kwestionowane w skardze kasacyjnej stanowisko o braku legitymacji czynnej powódki do dochodzenia roszczenia. Ten brak legitymacji czynnej miał być konsekwencją tego, że powódka zawarła umowę o roboty budowlane z pozwanym jako uczestnik konsorcjum, w skład którego wchodziła poza nią także spółka „M.”. Umowa została zawarta w reżimie przepisów o zamówieniach publicznych, a te na gruncie ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, w brzmieniu obowiązującym w 2012 r.; dalej - p.z.p. z 2004 r.) przewidywały możliwość ubiegania się przez wykonawców wspólnie o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 p.z.p. z 2004 r.).

Ustawodawca nie określił formy organizacyjnej tego wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i pozostawił podmiotom zainteresowanym współdziałaniem w ubieganiu się o zamówienie publiczne i jego wykonaniem swobodę wyboru konstrukcji prawnej, którą zastosują. To, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne muszą umownie uregulować zasady ich współdziałania wynika pośrednio z art. 23 ust. 4 p.z.p., gdyż zamawiający może od nich zażądać jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, aby mu taką umowę o współpracy przedstawili. Jak wynika z art. 23 ust. 5 i 6 p.z.p., charakter zamówienia może też spowodować, że zamawiający określi w odniesieniu do każdego ze współdziałających

wykonawców odrębnie warunki charakteryzujące ich kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, oczekiwania co do ich sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności techniczne lub zawodowe, tak samo jak i warunki realizacji zamówienia. Wynika z tego, że wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie nie muszą być traktowani jako jednolita struktura organizacyjna.

Ułatwieniem dla zamawiającego, mającym *verba legis* działać w postępowaniu o udzielenie zamówienia i przy zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest przewidziane w art. 23 ust. 2 p.z.p. z 2004 r. wymaganie, by wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich wobec zamawiającego. Pozwala to uprościć i uporządkować stosunki między zamawiającym a współpracującymi wykonawcami, zapobiega np. powstawaniu różnic, gdy chodzi o bieg rozmaitych terminów, otwieranych w momencie doręczania oświadczeń woli i wiedzy zamawiającego, które to różnice powstawałyby w razie doręczania takich oświadczeń osobno każdemu ze współpracujących wykonawców.

W nowym orzecznictwie Sądu Najwyższego coraz częściej zwraca się uwagę na różnice w formach organizacyjnych, które do współpracy między sobą wybierają podmioty wspólnie zabiegające o udzielenie zamówienia publicznego, tworzące strukturę zwaną konsorcjum (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2018 r., nie publ., z 23 września 2016 r., II CSK 27/16, nie publ., z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, nie publ., z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, Biul. SN. 2015, nr 7, s. 8, z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, nie publ.).

W wyroku z 23 września 2016 r., 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 jednolitej formy organizacyjno-prawnej. Ani w doktrynie, ani w judykaturze nie wypracowano jednolitej charakterystyki prawnej umowy

konsorcjum, nie dokonano też 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. W opisaney sytuacji zróżnicowanie stanów faktycznych i prawnych uniemożliwia jednolitą kwalifikację prawną konsorcjum.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14 (nie publ.) wyjaśnione zostało, że konsorcjum może być spółką cywilną, stanowić jej podtyp lub mieć charakter samodzielny, za czym przemawia zwykle zwłaszcza brak majątku wspólnego, więzi organizacyjnych oraz tymczasowy charakter współpracy. Do konsorcjum należy stosować przepisy o spółce cywilnej wtedy, gdy z treści konkretnego stosunku prawnego wynika, że umowa konsorcjum wykazuje istotne cechy spółki cywilnej; jeżeli takich cech nie wykazuje, to należy ją zakwalifikować, jako umowę nienazwaną zbliżoną do spółki prawa cywilnego i wówczas przepisy o spółce cywilnej stosować, co do zasady, *per analogiam*.

W powołanym wyroku z 23 września 2016 r., II CSK 27/16, Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że deficyt regulacji prawnych dotyczących konstrukcji konsorcjum oraz różnice między stopniem zespolenia organizacyjnego po stronie konsorcjantów i współników spółki cywilnej wymagają ostrożności przy analogicznym stosowaniu do tego rodzaju umów przepisów o spółce cywilnej, może to bowiem prowadzić do powstania skutków niezamierzonych przez konsorcjantów. Jeżeli strony umowy konsorcjum chciały podjąć współdziałanie nie w formie spółki cywilnej, lecz w bardziej elastycznej formie prawnej, dostosowanej do ich konkretnych potrzeb, wiodąca dla oceny pojawiających się zagadnień powinna być umowa stron i w odniesieniu do przyjętych w niej rozwiązań może być dopiero rozważane analogiczne stosowanie przepisów o spółce cywilnej. W konsekwencji odpowiednie stosowanie przepisów o spółce cywilnej do konkretnej umowy konsorcjum wymaga uwzględnienia istoty stosunku prawnego z tej umowy i ewentualnych różnic między istotnymi elementami tego stosunku, a elementami kodeksowego typu umowy spółki cywilnej.

Sąd Okręgowy zacytował umowę z 5 marca 2012 r. zawartą przez powódkę i spółkę „M.”, i z powołaniem się na nią stwierdził, że konsorcjanci, do relacji między którymi należy stosować przepisy o spółce cywilnej, powinni wspólnie dochodzić roszczeń, gdyż pojedynczo legitymacja im nie przysługuje. Pogląd ten podzielił Sąd Apelacyjny, ale nie został on wsparty analizą postanowień umowy z 5 marca 2012 r. i przytoczeniem rozwiązań, które wskazują nie tylko na konieczność oceny tej umowy stron w świetle przepisów o spółce cywilnej (wprost czy przez analogię i ewentualnie wyznaczenia granic tej analogii), ale i konieczność założenia, że roszczenia bezpośrednio i pośrednio związane z umową i procesem jej wykonywania muszą być przez konsorcjantów dochodzone wspólnie. To ostatnie stanowisko jest trudne do utrzymania na gruncie umowy z 5 marca 2012 r., w której jej strony wyznaczyły powódkę na lidera konsorcjum, zastrzegając zarazem, że ma ona jedynie odbierać świadczenia od zamawiającego i rozdzielać je według ustaleń między uczestnikami konsorcjum, stosownie do ich wkładu w wykonanie robót, za które odbierane jest wynagrodzenie.

W sprawie brak jest ustaleń, z których by wynikało, że powódka i spółka „M.” dysponowały wspólnym majątkiem zaangażowanym w wykonanie umowy na rzecz pozwanego, a zatem wspólnością łączną majątku nie może być objaśnione oczekiwanie, że roszczeń zgłoszonych w sprawie powódka będzie dochodzić razem z spółką „M.”. Zasadnie zatem powódka podniosła zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 860 § 1 k.c. i 863 k.c. a w konsekwencji zasadny jest też zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 195 § 2 w związku z art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., gdyż stosowanie tych przepisów procesowych jest zdeterminowane prawem materialnym. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie ma uzasadnienia odwoływanie się do poglądu wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego z 9 lutego 2011 r., III CZP 130/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 100).

Trzeba wprawdzie odnotować, że Sąd Apelacyjny nie poprzestał w ocenie materialnoprawnej sprawy wyłącznie na kwestii legitymacji powódki do dochodzenia roszczeń, ale w ramach analizy prawnej przypisał legitymacji donioślejsze nawet znaczenie niżli Sąd Okręgowy, gdyż na stwierdzeniu jej braku poprzestał przy ocenie niektórych składników roszczenia powódki.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 398¹⁶ § 1 i art. 108 § 2 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

jw