

Sygn. akt VI ACa 1212/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zając

Sędziowie - SA Aldona Wapińska (spr.)

- SO (del.) Marcin Łochowski

Protokolant: -- Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 14 lipca 2015 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości (...) Sp. z O.O. w K. w upadłości likwidacyjnej i (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko Skarbowi Państwa – (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt XXV C 1426/12

***uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.***

**VI ACa 1212/14**

## UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. z siedzibą w K. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. pozwem z dnia 9 lutego 2012 roku wniosły o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, w którym Sąd zobowiąże pozwanego Skarb Państwa - (...) w W. do zapłaty powodom solidarnie kwoty 186.302,26 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 listopada 2011 roku do dnia zapłaty w terminie dwóch tygodni od doręczenia pozwanemu nakazu zapłaty oraz o zasądzenie na rzecz powodów solidarnie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powodowe Spółki wskazały, iż w dniu 25 czerwca 2010 r. zawarły umowę konsorcjum w celu wspólnego wykonania robót budowlanych polegających na wykonaniu „zabezpieczenia przeciwhałasowego przy drodze krajowej nr (...) – odcinek miasta W. od km 205+450 do km 212 + 087”, zaś w dniu 19 sierpnia 2010 r. strony zawarły z pozwanym Skarbem Państwa – (...) umowę o wykonanie wyżej opisanego zabezpieczenia przeciwhałasowego. Termin wykonania umowy został przedłużony ostatecznie do 30 kwietnia 2011 r. Podniesiono, iż powód zrealizował przedmiot umowy w całości i zgłosił w maju 2011 r. wykonane roboty do odbioru, jednakże ostateczny odbiór wykonanych przez powoda robót nastąpił dopiero 25 lipca 2011 r. W oparciu o protokół ostatecznego odbioru, celem rozliczenia końcowego, powód wystawił w dniu 30 września 2011 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 186.302,26 zł za wykonanie mieszczących się w ramach zamówienia prac. Podniesiono, iż do chwili sporządzenia pozwu pozwany nie uregulował należności wynikającej z ww. faktury.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Łodzi orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty strona pozwana powództwa nie uznała i wniosła o jego oddalenie w całości i zasądzenie od powoda ad. 1 i ad.2 kosztów zastępstwa prawnego.

Strona pozwana kwestionowała roszczenie powoda zarówno co do zasady, jak i wysokości. Podniesiono zarzut potrącenia oraz zwrócono uwagę, iż w sprawie nie ma podstaw do żądania zasądzenia żądanej kwoty solidarnie, bowiem powodowie nie wykazali, że są wierzycielami solidarnymi. Wskazano, iż ostateczny termin wykonania zamówienia po aneksowaniu został wyznaczony na dzień 30 kwietnia 2011 roku. W dniu 29 kwietnia strona powodowa poinformowała o zakończeniu robot budowlanych i zgłosiła gotowość do obioru robót. Jednakże po kontroli w dniu 6 maja 2011 r. pozwany poinformował powoda, iż zakres prac nie został wykonany w 100% i w związku z powyższym będą naliczane od dnia 1 maja 2011 roku kary umowne za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. Pozwany wskazał, iż za każdy dzień opóźnienia naliczono karę umowną w wysokości 33.065,90 zł za każdy dzień opóźnienia, które wynosiło 16 dni i potrącił wierzytelność o zapłatę kwoty w wysokości 186.302,26 zł tytułem kary umownej.

Postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2012 Sąd Okręgowy w Łodzi stwierdził swą niewłaściwość miejscową i sprawę przekazał do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Wyrokiem z dnia 4 marca 2014 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo oraz zasądził od powodów Syndyka Masy Upadłości (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. w upadłości likwidacyjnej (...) i (...) Sp. z o.o. w upadłości układowej w K. na rzecz pozwanego Skarbu Państwa - (...) (Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa) kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

Konsorcjum firm (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. i (...) sp. z o. o. z siedzibą w K. zawarło w dniu 19 sierpnia 2010 roku ze Skarbem Państwa - (...) umowę nr (...), przedmiotem której było „Zabezpieczenie przeciwhałasowe przy drodze krajowej nr (...) - odcinek miasta W. od km 205+450 do km 212+087.”

W § 6 ust. 1 umowy strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości: cena netto 2.712.364,79 zł + podatek od towarów i usług (22%) w kwocie 596.720,25 zł (łącznie 3.309.085,04 zł).

W § 15 pkt 1 lit. A strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych w wysokości 0,5 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia.

W § 4 pkt 1 umowy ustalono, że termin wykonania zamówienia to 31 października 2010 roku.

Umowę zmieniano aneksami i tak:

- aneksem nr (...) z dnia 29.10.2010r. przedłużono termin wykonania zamówienia do 30 listopada 2010 roku,
- aneksem nr (...) z 26.11.2010r. zmieniono wynagrodzenie w ten sposób, że strony ustaliły, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało podwyższone do kwoty 2.742.371,83 zł netto, a termin wykonania zamówienia przedłużono do dnia 30 kwietnia 2010 roku,
- aneksem nr (...) z 04.03.2011r. zmieniono stawkę podatku od towarów i usług.

Przyczyną przedłużenia terminu wykonania umowy były opóźnienia związane z procedurą uzyskania zgody na wycinkę drzew, a także opór społeczny na pierwszym odcinku prac, gdzie pierwotnie zakładano ustawienie ekranów typu nieprzeźroczystego.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2011 roku Prezes Zarządu (...) poinformował pozwanego, że z dniem 29 kwietnia 2011 roku wykonawca zakończył roboty budowlane dotyczące „Zabezpieczenia przeciwhałasowego przy drodze krajowej nr (...) - odcinek miasta W. od km 205+450 do km 212+087” i w związku z tym zgłosił gotowość do odbioru robót oraz wniósł o wyznaczenie terminu odbioru.

W dniu 6 maja 2011 roku odbyła się kontrola budowy. W protokole stwierdzono - „zadanie nie kwalifikuje się do odbioru końcowego z uwagi na niewykonanie zakresu umownego”. Nie wykonano w sposób prawidłowy skarpy nasypów, zabezpieczenia ochronnego śrub, zakończenia odwodnienia. Istniały odchylenia między ekranem a słupem prowadzącym.

Pismem z dnia 12 maja 2011 roku pozwany poinformował (...), że kontrola budowy zadania polegająca na postawieniu ekranów akustycznych nie potwierdziła wykonania zakresu rzeczowego w 100% zgłoszonego w piśmie z dnia 29.04.2011. Ponadto pozwany wskazał, że w związku z powyższym, będą naliczane od 1 maja 2011 roku kary umowne za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych.

Pismem z dnia 17 maja 2011 roku (...) poinformowało pozwanego, że całość robót określonych umowa została wykonana i w związku z tym (...) zgłosiło gotowość do odbioru końcowego robót i wniosło o wyznaczenie terminu odbioru.

Pismem z dnia 7 czerwca 2011 roku pozwany poinformował (...) o powołaniu Komisji do przeprowadzenia odbioru robót realizowanych na podstawie umowy. W dniu 14 czerwca 2011 roku sporządzono protokół czynności odbiorczych, w którym wskazano usterki do usunięcia. Wykonawca został zobowiązany do usunięcia usterek w terminie 21 dni.

Pismem z dnia 4 lipca 2011 roku (...) poinformował zamawiającego o zakończeniu usuwania usterek zgodnie z protokołem z dnia 14 czerwca 2011 roku.

W dniu 25 lipca 2011 roku dokonano ostatecznego odbioru prac wykonanych przez stronę powodową, choć w dalszym ciągu nie wszystkie usterki zostały usunięte, a wykonawca zobowiązał się usunąć pozostałe usterki do dnia 28.07.2011r.

W oparciu o protokół odbioru ostatecznego powód wystawił w dniu 30 września 2011 roku celem końcowego rozliczenia fakturę VAT nr (...) na kwotę 186.302,26 zł z terminem płatności do 18.11.2011 r. za wykonanie mieszczących się w ramach zamówienia publicznego prac polegających na budowie ekranów akustycznych.

W związku z opóźnieniem wykonania przedmiotowej umowy, pozwany naliczył powodowi karę umowną w wysokości 33.065,90 zł za każdy dzień opóźnienia tj. za 16 dni od 1 maja 2011 roku do 16 maja 2011 roku. Kwota została obliczona w następujący sposób:  $2.742.101,83 \text{ zł} \times 5\% \times 16 \text{ dni} = 219.368,16 \text{ zł}$ .

Pismem z dnia 30 listopada (...) poinformowała wykonawcę, że została wystawiona nota obciążeniowa nr (...) i (...) z 23 listopada 2011 roku na kwotę wyszczególnioną w fakturze wystawionej przez stronę powodową tj. na kwotę 186.302,36 zł oraz na kwotę 33.065,90 zł.

Pismem z dnia 14 maja 2012 roku pozwany potrącił wierzytelność o zapłatę kwoty w wysokości 219.368,16 zł z tytułu naliczonych kar umownych przysługującą wobec strony powodowej z wierzytelnością (...) sp. z o. o. i (...) sp. z o.o. działających jako konsorcjum wobec SP - (...) w wysokości 186.302,26 zł z tytułu budowy ekranów akustycznych.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie dokumentacji złożonej do akt, albowiem nie była ona kwestionowana przez żadną ze stron. Sąd Okręgowy uznał również za wiarygodne zeznania przesłuchanych w sprawie świadków, ponieważ są spójne, logiczne, potwierdzają się wzajemnie. Sąd nie znalazł podstaw do ich podważenia. Podobnie Sąd ocenił zeznania reprezentanta strony powodowej.

Sąd Okręgowy podkreślił, przy tym, iż powyższa ocena dotyczy relacji w/w osób odnoszących się do okoliczności faktycznych, a nie przenikających się z faktami ocen świadków i interpretacji przepisów zawartej umowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo podlegało oddaleniu z uwagi na fakt, że powódki nie mają legitymacji do solidarnego dochodzenia powyższego roszczenia.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż powódki wywodziły swoje roszczenie z faktu niezapłacenia przez pozwanego części wynagrodzenia wobec dokonanego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej. W ocenie powódek kara umowna została bezpodstawnie naliczona, a zatem potrącenie jest bezskuteczne. Z tego tytułu powódki domagały się solidarnego zasądzenia od pozwanego kwoty 186.302,26 złotych.

Zdaniem Sądu Okręgowego wprawdzie w sprawie niniejszej obydwie powódki zawarły umowę z pozwanym, niemniej jednak z tej czynności prawnej nie wynika ich uprawnienie do solidarnego dochodzenia roszczeń.

Zawarta umowa przesądza wyłącznie o solidarności biernej powodów, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie. Do powstania tego typu solidarności konieczne byłoby istnienie przepisu ustawy, którego brak. Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, iż potencjalny dług zamawiającego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego, które jest zawsze świadczeniem podzielnym, co oznacza, iż do ewentualnej odpowiedzialności zamawiającego przed podwykonawcami znajdowałby zastosowanie przepis art. 379 § 1 k.c., zgodnie z którym jeśli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne to dług dzieli się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli. Zgodnie z art. 379 § 1 zd. 1 k.c. części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego.

W ocenie Sądu meriti, odnosząc powyższe rozważania do realiów niniejszej sprawy, należało uznać, iż zawarcie umowy konsorcjum i następnie wspólne wykonywanie umowy nie decyduje o tym, że lider konsorcjum jest legitymowany do wystąpienia przeciwko zamawiającemu o zapłatę całej wierzytelności, w tym na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c. Upoważnienie lidera do reprezentacji konsorcjum wobec zamawiającego, wykonawcy i w stosunkach zewnętrznych, jak i składania oraz przyjmowanie oświadczeń wobec inwestora nie może być poczytywane jako upoważnienie do dochodzenia na drodze sądowej od zamawiającego, wykonawcy roszczeń z umowy. Podobnie upoważnienie lidera do prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie z wystawianiem faktur nie może być poczytywane jako upoważnienie do dochodzenia na drodze sądowej od zamawiającego roszczeń z kontraktu. Wyżej wymienione czynności mają charakter czynności faktycznych. Samo wystawienie faktury nie kreuje bowiem zobowiązania cywilnoprawnego. Na podstawie umowy konsorcjum jedynie powódka (...) sp. z o. o. jest uprawniona zgodnie z § 4 tej umowy do rozliczania wykonanych robót i przyjmowania wszelkich należności wymaganych dla partnerów.

W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, iż powodowie są uprawnieni do dochodzenia należności we własnym imieniu i wyłącznie w zakresie w jakim wykonali poszczególne prace. W tym zakresie powodowie musieliby udowodnić jakie prace konkretnie wykonali, gdyż sama umowa konsorcjum nie określa procentowo podziału zadań między uczestników konsorcjum. Strona powodowa nie tylko tego nie wykazała i nie udowodniła, ale przede wszystkim w ogóle nie wskazała jaka część kwoty z kwoty dochodzonej na rzecz konsorcjantów jest należna poszczególnym powodom, ani też nie wskazała podstaw i zasad wzajemnych rozliczeń pomiędzy dwoma konsorcjantami, które pozwalałyby na dokonanie oceny w jakim zakresie powodowie są uprawnieni do uzyskania należności. Sąd nie mógł zatem, w braku odpowiedniego dowodu - wewnętrznego porozumienia pomiędzy uczestnikami konsorcjum określającego zasady rozliczeń – ustalić, jaka część dochodzonej od pozwanego kwoty należała się każdemu z powodów. Sąd nie mógł w przedmiotowej sprawie samodzielnie ustalić jaką kwotę przyznać potencjalnie powodowi, ponieważ nie znał wyżej wymienionych zasad rozliczeń, ani też nie posiadał informacji jaką część zlecenia wykonał każdy z powodów.

Sąd meriti podkreślił, iż wspólne wykonywanie umowy przesądza wyłącznie o solidarności biernej podwykonawców, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie.

Niezależnie od podniesionej powyżej argumentacji Sąd Okręgowy wskazał również, iż brak jest podstaw do uznania, że przedmiotowa kara umowna została naliczona przez pozwanego niezgodnie z umową. Pozwany naliczył bowiem karę umowną na podstawie § 15 pkt 1 lit. a w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. Datą początkową naliczania kar umownych przez pozwanego był dzień 1 maja 201(?) roku. Wykonawca bowiem nie wykonał robót budowlanych w terminie do 30 kwietnia 2011 roku. Pismem z dnia 29 kwietnia 2011 roku wykonawca poinformował o zakończeniu robót budowlanych. Komisja odbiorowa stwierdziła jednak, że wykonawca nie wykonał przedmiotu umowy, co potwierdzają zeznania świadków: B. O., J. W. i A. M. (1). Wprawdzie strona powodowa zgłosiła do odbioru roboty w wyznaczonym terminie jednakże odbioru nie można było wykonać bowiem usterki, które wystąpiły, dyskwalifikowały odbiór końcowy. W dzienniku budowy pod datą 06.05.2011r. Inspektor Nadzoru - A. M. - wpisał „zadanie nie nadaje się do odbioru końcowego”, a powyższe nie było kwestionowane przez stronę powodową.

W ocenie Sądu Okręgowego wyliczenie przez pozwanego wysokości kary umownej przy uwzględnieniu terminów późniejszych należało uznać za zachowanie leżące w sferze uprawnień strony pozwanej. Strony, ze względu na okoliczności jakie wystąpiły na tle realizacji projektu, dwukrotnie aneksowały umowę, w tym przesuwając termin ostatecznego wykonania robót. Wiązało się to z uzyskaniem pozwolenia na wycinkę drzew oraz oporem społecznym. Strona pozwana zatem współpracowała z powodami i dążyła do zakończenia robót w taki sposób, aby przyniosło to wymierny rezultat nie tylko dla użytkowników dróg, ale również dla okolicznych mieszkańców i przyrody.

Sąd meriti nie podzielił poglądu, według którego kara umowna należy się jedynie w przypadku poniesienia przez wierzyciela szkody majątkowej. W uchwale Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, Sąd ten wskazał, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Sąd Okręgowy rozpoznający niniejszy spór pogląd ten w całości podzielił.

Okoliczność w postaci braku poniesienia szkody przez podmiot uprawniony do uzyskania kary umownej mogłaby mieć ewentualnie znaczenie w ramach oceny wniosku dłużnika o miarkowanie kary umownej, jednakże Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia takiego wniosku strony powodowej. Sąd ten podniósł, iż tego rodzaju wniosek powinien zawierać oznaczenie kwoty, do której strona wnosi o miarkowanie kary umownej. Wniosek o miarkowanie stanowi bowiem w istocie zarzut materialnoprawny (podobnie jak zarzut potrącenia). Tymczasem w niniejszej sprawie wniosek o miarkowanie został sformułowany w sposób ogólnikowy, co uniemożliwiało – zdaniem Sądu pierwszej instancji – jego uwzględnienie. Dodatkowo – w ocenie tego Sądu – nie zaistniały przesłanki do miarkowania kary umownej, albowiem strona powodowa nie wykazała, iż wykonała zobowiązanie w znacznej części lub też, że kara umowna jest rażąco wygórowana.

Oddalenie powództwa skutkowało obciążeniem strony powodowej, jako strony przegrywającej, kosztami procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 08 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa Sąd zasądził na rzecz wykonującej zastępstwo procesowe pozwanego Skarbu Państwa - (...), Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7.200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Kwota ta została wyliczona zgodnie z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżyli apelacją powodowie Syndyk masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. w upadłości likwidacyjnej oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. zarzucając:

I. Nierozpoznanie istoty sprawy, a w szczególności z uwagi na uchybienie przepisom prawa materialnego i procesowego, niewyjaśnienie i pozostawienie poza oceną okoliczności faktycznych stanowiących przesłanki przemawiające za uwzględnieniem przez Sąd pierwszej instancji roszczenia powodów ad. 1 i ad. 2; Sąd I instancji

nie zbadał podstaw merytorycznych dochodzonego powództwa ze względu na błędne przyjęcie, że powodowie nie posiadają legitymacji do solidarnego dochodzenia roszczenia objętego pozwem, w sytuacji gdy:

**a.** umowa konsorcjum stanowi wzbogaconą umowę spółki prawa cywilnego, a zatem skoro pomiędzy współnikami spółki cywilnej (i tym samym konsorcjantami) zachodzi współuczestnictwo materialne konieczne, powodowie są uprawnieni i zobowiązani do solidarnego dochodzenia należności z umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2010 roku zawartej pomiędzy powodami a pozwanym (dalej „Umowa”),

**b.** okoliczność, że strony wprost nie określiły w Umowie, że powodowie będą solidarnymi wierzycielami w stosunku do pozwanego w zakresie roszczeń z Umowy, nie oznacza, że powodowie nie posiadają takiego uprawnienia do solidarnego dochodzenia roszczenia z Umowy, z uwagi chociażby na okoliczność, że „nadanie przez czynność prawną (umowę lub - raczej wyjątkowo - czynność jednostronną) stosunkowi prawnemu charakteru zobowiązania solidarnego nie wymaga użycia w niej zwrotu "solidarność dłużników" lub "solidarność wierzycieli"<sup>2</sup>-. Skoro „zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w doktrynie i w orzecznictwie, solidarność może wynikać z dorozumianego postanowienia objętego treścią czynności prawnej (tak: Ohanowicz, Zobowiązania, 1965, s. 111; M. Sychowicz, [w:] Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. I, art. 369, Nb 4; Z. Masłowski, [w:] Resich, Komentarz 1972, t. II, s. 898; W. Dubis, [w:] Gniewek, Machnikowski, Komentarz 2013, art. 369, Nb 3)", to mając na uwadze treść Umowy, a w szczególności treść postanowień dotyczących zasad wypłaty wynagrodzenia, które m. in. nie określają zasad podziału tego wynagrodzenia pomiędzy poszczególnymi konsorcjantami (powodami), lecz zakładają wypłatę wynagrodzenia przez pozwanego na rzecz wykonawcy rozumianego jako powoda ad. 1 i powoda ad 2 (łącznie), należy przyjąć, że ustanowiono solidarność czynną w zakresie dochodzenia wierzytelności z tytułu Umowy przez powodów od pozwanego. Ponadto, okoliczność, że powodowie wspólnie dochodzą roszczenia na zasadach solidarności potwierdza istnienie co najmniej dorozumianej solidarności,

w rezultacie Sąd pierwszej instancji:

- nie odniósł się do twierdzeń powodów kwestionujących istnienie podstaw do dokonania potrącenia jakiegokolwiek kwoty z roszczeniem powodów, a w dalszej kolejności - na wypadek uznania przez Sąd I instancji, że istnieje wierzytelność pozwanego przedstawiona do potrącenia (czemu powodowie przeczą) - nie odniósł się do twierdzeń powodów kwestionujących prawidłowość dokonanego potrącenia,
- nie odniósł się do twierdzeń powodów wskazujących, że nawet nieskutecznie złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu należy traktować jako uznanie przez pozwanego roszczenia powodów.

II. Naruszenie przepisu prawa materialnego, a w szczególności:

1. naruszenie przepisu art. 65 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni postanowień Umowy i przyjęcie, że Umowa nie przyznaje powodom uprawnienia do solidarnego dochodzenia roszczenia od pozwanego, w sytuacji gdy z zapisów Umowy należy wyprowadzić wniosek przeciwny, skoro postanowienia Umowy nie określają zasad podziału wynagrodzenia pomiędzy poszczególnymi konsorcjantami (powodami), lecz zakładają wypłatę wynagrodzenia przez pozwanego na rzecz wykonawcy rozumianego jako powoda ad. 1 i powoda ad 2 (łącznie), co wskazuje na ustanowienie solidarności czynnej w zakresie dochodzenia wierzytelności z tytułu Umowy przez powodów od pozwanego,

2. naruszenie przepisu art. 369 k.c. poprzez jego niezastosowanie do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, chociaż m.in. zawarta przez strony niniejszego postępowania Umowa wskazuje na uprawnienie powodów do solidarnego dochodzenia roszczenia objętego powództwem,

3. naruszenie przepisu art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wniosek powodów o miarkowanie kary umownej powinien zawierać oznaczenie kwoty, do wysokości której winno nastąpić miarkowanie, w sytuacji gdy „żądanie obniżenia kary umownej, ponieważ nie zostało przez art 484 § 2 k.c. określone ani co do treści ani co do formy, nie musi określać konkretnej przesłanki miarkowania ani wskazywać kwoty, do jakiej kara ma być obniżona. (...) wola dłużnika, co do zmniejszenia kary umownej może być również

wyrażona w sposób dorozumiany - dlatego możliwe jest kwalifikowanie żądania oddalenia powództwa jako zawierającego w sobie wniosek o obniżenie kary umownej, co uzasadnione jest wnioskowaniem a maiori ad minus (P. Drapała, Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2005, z. 7-8, poz. 97; tenże, (w:) System..., s.972).”

4. naruszenie przepisu § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu z dnia 28 września 2002 roku z dnia 28 września 2002 roku poprzez jego zastosowania i obciążenie powodów kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 7.200,00 złotych w sytuacji gdy zgodnie z treścią powołanego przepisu dotyczy on spraw o wartości przedmiotu sprawy powyżej 200.000 złotych; tymczasem wartość przedmiotu sprawy objęta niniejszym postępowaniem wynosi 186.302,26 złotych. Powyższe prowadzi do wniosku, że koszty zastępstwa w przypadku oddalenia powództwa winny wynieść, co najwyżej kwotę 3.600,00 złotych.

III. Naruszenie przepisu prawa procesowego, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, a w szczególności:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez:

a. przekroczenie przez Sąd granicy swobodnej oceny dowodów polegającej na nierozważeniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w rezultacie nieustalenia przez Sąd I instancji stanu faktycznego sprawy; Sąd I instancji dowolnie i fragmentarycznie rozważył dowody z dokumentów, co uniemożliwiło ustalenie stanu faktycznego sprawy, a w rezultacie przesłanek stanowiących podstawę dochodzonego przez powodów roszczenia,

b. sformułowanie na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie błędnego wniosku prowadzącego do uznania, że powodowie nie posiadają legitymacji do solidarnego dochodzenia powództwa, co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy czyli roszczenia powodów o zapłatę,

c. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie poprzez przyjęcie, że brak jest podstaw do uznania, że kara umowna została naliczona przez pozwanego niezgodnie z Umową, że nie zaistniały przesłanki do miarkowania kary umownej, albowiem zdaniem Sądu powodowie nie wykazali, iż wykonali zobowiązanie w znacznej części lub też, że kara umowna jest rażąco wygórowana, chociaż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadzi do. wniosku przeciwnego.

W przypadku przyjęcia przez Sąd drugiej instancji - wbrew stanowisku powodów – że powodowie nie są uprawnieni do solidarnego dochodzenia roszczenia objętego niniejszym postępowaniem, zaskarżonemu wyrokowi powodowie zarzucili:

1. nierozpoznanie istoty sprawy, a w szczególności z uwagi na uchybienie przepisom prawa materialnego i procesowego, niewyjaśnienie i pozostawienie poza oceną okoliczności faktycznych stanowiących przesłanki przemawiające za uwzględnieniem przez Sąd I instancji roszczenia powodów ad. 1 i ad. 2; Sąd I instancji nie zbadał podstaw merytorycznych dochodzonego powództwa ze względu na błędne przyjęcie, że wobec braku podstaw do solidarnego dochodzenia roszczenia powództwo podlegało oddaleniu, w sytuacji gdy Sąd I instancji winien zasądzić dochodzoną przez powodów kwotę „do niepodzielnej ręki”, a nie oddalić powództwo; Sąd I instancji nie uwzględnił, że umowa konsorcjum łącząca powodów stanowi wzbogaconą formę spółki prawa cywilnego i na tej podstawie wierzytelność przysługująca konsorcjantom (podobnie jak współnikom spółki cywilnej) ma charakter świadczenia „do niepodzielnej ręki”<sup>5</sup>,

2. naruszenie przepisu prawa materialnego, o którym mowa w pkt II ppkt 3 i 4 oraz przepisu postępowania z pkt III ppkt 1 a i c - w zakresie tam wskazanym.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - (...) na rzecz powodów ad. 1 i ad. 2 solidarnie kwoty 186.302,26 złotych wraz z odsetkami ustawowymi, liczonymi od dnia 19 listopada 2011 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów ad 1 i ad 2 solidarnie kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez radcę prawnego, według norm przepisanych, ewentualnie wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Ponadto, w przypadku przyjęcia przez Sąd II instancji - wbrew stanowisku powodów- że powodowie nie są uprawnieni do solidarnego dochodzenia roszczenia objętego niniejszym postępowaniem, skarżący wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - (...) na rzecz i do niepodzielnej ręki powodów ad. 1 i ad. 2 kwoty 186.302,26 złotych wraz z odsetkami ustawowymi, liczonymi od dnia 19 listopada 2011 roku do dnia zapłaty, (pozwany przez spełnienie świadczenia do rąk jednego z powodów zostanie zwolniony z tego obowiązku względem drugiego) oraz zasądzenie od strony pozwanej na rzecz i do niepodzielnej ręki powodów ad 1 i ad 2 kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez radcę prawnego, według norm przepisanych, (pozwany przez spełnienie świadczenia do rąk jednego z powodów zostanie zwolniony z tego obowiązku względem drugiego), ewentualnie wnosili o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Natomiast, w przypadku przyjęcia przez Sąd II instancji - wbrew stanowisku powodów- że powodowie nie są uprawnieni do solidarnego dochodzenia roszczenia, jak również brak jest podstaw do zasądzenia objętego niniejszym postępowaniem roszczenia na rzecz i „do niepodzielnej ręki” powodów, wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – (...) na rzecz powoda ad. 1 Syndyka masy Upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej kwoty 186.302,26 złotych wraz z odsetkami ustawowymi, liczonymi od dnia 19 listopada 2011 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powodów ad 1 i ad 2 kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez radcę prawnego, według norm przepisanych, ewentualnie wnosili o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany Skarb Państwa – (...) wniósł o odrzucenie apelacji, ewentualnie o jej oddalenie i zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

#### ***Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, o ile zmierzała do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.***

Sąd Okręgowy oddalił powództwo uznając, iż w sprawie niniejszej powodowie nie wykazali, aby mogli dochodzić zasądzenia solidarnie na ich rzecz żądanej kwoty. Ponadto w uzasadnieniu Sąd ten skupił się na istnieniu podstaw do naliczenia kary umownej, która została potrącona z wierzytelnością powodów. Jednakże – w ocenie Sądu Apelacyjnego – błędnie Sąd pierwszej instancji uznał, iż w braku podstaw do solidarnego zasądzenia na rzecz powodów żądanej kwoty, powództwo podlegało oddaleniu wprost, jak też nieprawidłowo poprzestał jedynie na rozważeniu zasadności naliczenia przez pozwanego kary umownej, natomiast w żaden sposób nie ocenił skuteczności zarzutu potrącenia, w szczególności w kontekście zarzutu, iż oświadczenie o potrąceniu złożyła w imieniu pozwanego osoba do tego nieuprawniona, a ponadto nie została wyjaśniona skuteczność tego potrącenia w świetle przepisów prawa upadłościowego i naprawczego.

W pierwszej kolejności – zdaniem Sądu Apelacyjnego - podnieść należy, iż nie jest zasadne stanowisko skarżących, aby po ich stronie występowała solidarność czynna. Zgodnie bowiem z przepisem art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, gdy wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Nie można zatem solidarności tak czynnej, jak i biernej domniemywać.



Powodowie domagając się od pozwanego zapłaty solidarnie określonej kwoty na swoją rzecz nie przedstawili przekonujących okoliczności, które uzasadniałyby takie ich uprawnienie. Powodowie powoływali się wprawdzie na łączącą ich umowę konsorcjum, podnosząc w apelacji, że umowa taka stanowi wzbogaconą umowę spółki prawa cywilnego, a zatem skoro pomiędzy współnikami spółki cywilnej (a tym samym konsorcjantami) zachodzi współuczestnictwo materialne konieczne, powodowie są uprawnieni i zobowiązani do solidarnego dochodzenia należności z umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2010 r. zawartej pomiędzy powodami a pozwanym, jednakże – w ocenie Sądu Apelacyjnego

- nie można uznać tego argumentu za słuszny. Kwestia legitymacji procesowej jest bowiem zależna od treści stosunku materialnego, z którego wynika dochodzone roszczenie. Nie jest jednak odwrotnie – istnienie legitymacji procesowej nie musi stanowić o tym, iż stronie procesowej przysługuje roszczenie materialnoprawne.

Analizując umowę konsorcjum zauważyć należy, iż jest to umowa nienazwana, bez określonych ustawowo elementów przedmiotowo i podmiotowo istotnych tej umowy, zatem nie można mówić, aby kwestia legitymacji procesowej (biernej lub czynnej) w sprawach wynikających ze stosunków, w których konsorcjanci są stroną, wynikała w sposób jednoznacznie wiążący z **istoty** tego stosunku prawnego. Odwoływanie się na zasadzie analogii do umowy spółki cywilnej, jak miało to miejsce w kilku orzeczeniach Sądu Najwyższego, w kwestii legitymacji procesowej może być zawodne. Umowa konsorcjum jest umową zawartą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, co sprawia, że jest podobna do umowy spółki cywilnej, którą jednak nie jest. Istotną bowiem cechą różniącą umowę konsorcjum od umowy spółki cywilnej jest brak majątku wspólnego konsorcjantów. To zaś uniemożliwia uznanie, iż z mocy przepisów ustawy konsorcjanci odpowiadają za zobowiązania tak jak współnicy spółki cywilnej, bądź, że na takich samych zasadach jak współnicy takiej spółki, są uprawnieni do dochodzenia przysługujących konsorcjum roszczeń wobec drugiej strony stosunku prawnego. Przede wszystkim zaś nie można posługiwać się takim argumentem w sprawie niniejszej, w której postanowienie § 14 pkt 1 umowy konsorcjum wyraźnie określało, że umowa ta nie stanowi umowy spółki cywilnej w znaczeniu art. 860 i nast. Kodeksu cywilnego (k. 56). W konsekwencji każdy członek konsorcjum, realizując zamówienie publiczne, wykonuje prace kosztem własnego majątku i uprawniony jest do otrzymania stosownego wynagrodzenia (ekwiwalentu za wykonaną robotę budowlaną).

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozstrzygnięcie kwestii czy uczestnikom konsorcjum przysługuje roszczenie materialnoprawne w stosunku do kontrahenta umowy, czego pochodną jest istnienie legitymacji procesowej czynnej uczestników konsorcjum, zależy od okoliczności konkretnego przypadku. W sprawie niniejszej konsorcjum zostało zawiązane na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem w przepisach tej ustawy należy szukać wyjaśnienia problemu, kto może występować z powództwem o zapłatę za roboty wykonane w ramach realizacji takiego zamówienia.

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika **do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego** (art. 23 ust. 2 u.p.z.p.). W myśl ust. 3 tego artykułu przepisy ustawy o zamówieniach publicznych dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeśli zaś oferta tych wykonawców zostanie wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Zauważyć należy, iż przepis art. 23 ust. 2 u.p.z.p. statuujący obowiązek łącznej reprezentacji wykonawców odnosi się jedynie do etapu postępowania o samo udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnego zawarcia umowy – w tym korzystania ze środków prawnej w rozumieniu tej ustawy, tj. **odwołania** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 4 u.p.z.p.) oraz **skargi do sądu na orzeczenie Izby** (art. 198a. ust. 1 u.p.z.p.). W literaturze podnosi się bowiem, iż : „ Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zarówno orzecznictwo Zespołu

Arbitrów (np. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1579/05), jak i wyroki TSUE [np. wyrok z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 (...) SA i (...) SA (...) 2005, nr 8-9A, s. I-07805] wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka była wola ustawodawcy krajowego (a tak jest zgodnie z polskimi przepisami).” (por. Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 2012, LEX Nr 125841, komentarz do art. 23). Wszystkie dotychczas opublikowane orzeczenia Sądu Najwyższego odnoszące się wprost do łącznej legitymacji czynnej konsorcjantów wynikającej z art. 23 u.p.z.p. dotyczą wyłącznie tego etapu postępowania – tj. udzielenia zamówienia publicznego (które wg Sądu Najwyższego obejmuje także etap żądania zwrotu wadium) bądź skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu tej ustawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.10.2011 r., V CSK 475/10, LEX nr 1108492, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27.05.2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808), nie zaś etapu dochodzenia roszczeń wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Określenia zasad współuczestnictwa konsorcjantów przy czynnościach dokonywanych na etapie realizacji umowy oraz zgłaszania ewentualnych roszczeń z niej wynikających, należy więc szukać w dalszych przepisach u.p.z.p. oraz postanowieniach Umowy Konsorcjum.

Art. 141 u.p.z.p. przewiduje, iż wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednakże – co jest stanowiskiem jednomyślnie prezentowanym w orzecznictwie tak Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych (por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.04.2013 r., VI ACa 1183/12, LEX nr 1339412, z dnia 18.02.2009 r., VI ACa 1152/08 LEX nr 1344288, z dnia 17.10.2013 r., I ACa 636/13 niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.09.2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009/9/130) – przepis ten przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnej domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, zaś ustawie – prawo o zamówieniach publicznych takiego przepisu brak, bowiem art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia.

Jak widać z powyższych rozważań ani istota stosunku prawnego konsorcjum, ani też żaden szczególny przepis ustawy o zamówieniach publicznych nie wskazuje wprost, aby w przypadku roszczeń przysługujących konsorcjantom wobec drugiej strony stosunku prawnego, można było przyjąć solidarność wierzycieli, a co za tym idzie – ich łączne konieczne współuczestnictwo po stronie powodowej.

W sprawie niniejszej postanowienia Umowy Konsorcjum określają wzajemne obowiązki i uprawnienia konsorcjantów oraz uprawnienia lidera konsorcjum w stosunkach wewnętrznych oraz wobec zamawiającego. Umowa Konsorcjum m.in. przewidywała, iż rozliczenie wykonanych robót z Zamawiającym, a także przyjmowanie od Zamawiającego wszelkich należności dla partnerów, będzie dokonywane przez Lidera Konsorcjum. W § 7 umowy konsorcjum konsorcjanci określili rzeczowy podział pracy pomiędzy partnerami, zaś w ust. 2 tego paragrafu ustalili, że wynagrodzenie każdego z partnerów odpowiadać będzie jego procentowemu udziałowi w realizacji inwestycji wykonywanej na podstawie umowy na wykonanie robót, ustalonym ostatecznie na podstawie inwentaryzacji powykonawczej. Strony umowy konsorcjum nie ustaliły jednak jednoznacznie, czy jedynie Liderowi Konsorcjum, czy też wszystkim Partnerom Konsorcjum służy roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w stosunku do Zamawiającego i możliwość jego dochodzenie w drodze sądowej. Samodzielna reprezentacja Lidera obejmuje bowiem jedynie etap zamówienia publicznego (co wyjaśniono wyżej), nie zaś etap realizacji podpisanej w wyniku zamówienia publicznego umowy. Wobec powyższego - w ocenie Sądu Apelacyjnego – w sytuacji braku jednoznacznych postanowień umownych należy odwołać się do zasad ogólnych prawa zobowiązań zawartych w kodeksie cywilnym, bowiem na podstawie art. 139 ust. 1 u.p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowią inaczej.

Brak uprawnienia do żądania solidarnej zapłaty na rzecz powodów nie oznaczał – w ocenie Sądu drugiej instancji – braku możliwości uwzględnienia powództwa poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów jego

części kwoty wynagrodzenia. Należności te wynikały bowiem z tej samej podstawy faktycznej – ze stosunku prawnego powstałego na mocy umowy stron – a w żądaniu zasądzenia świadczenia solidarnie na rzecz powodów mieści się również żądanie zapłaty należności od dłużnika na rzecz każdego z powodów w częściach odpowiadających ich wierzytelnościom.

W sprawie niniejszej rozstrzygające znaczenie w kwestii istnienia roszczenia winien mieć bowiem przepis art. 379 § 1 i 2 k.c. , stanowiący, iż jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego (§ 1), zaś świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (§ 2). Nie może budzić wątpliwości, iż świadczenie pieniężne jest zawsze podzielne. Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji, iż przepis ten w sprawie niniejszej nie może mieć zastosowania, bo w sprawie nie jest wiadomo, jaki jest procentowy udział każdego z powodów w wykonaniu zobowiązania. W takim przypadku – jeżeli nic innego nie wynikało z okoliczności sprawy, a łączna kwota wierzytelności przysługującej powodom była niesporna – należało więc przyjąć, iż części obu partnerów konsorcjum w dochodzonej wierzytelności są równe.

Ostatecznie więc słuszne są zarzuty apelacji dotyczące nierozpoznania istoty sprawy. Błędnie oddalając powództwo jedynie z uwagi na brak solidarności po stronie powodów, Sąd pierwszej instancji nie rozważył merytorycznych stanowisk tak strony pozwanej, jak i strony powodowej, a odnoszących się do zarzutu potrącenia. Wprawdzie Sąd Okręgowy uznał, iż były podstawy do naliczenia przez pozwanego kary umownej za opóźnienie (z czym się Sąd Apelacyjny w pełni zgadza), to jednak Sąd ten nie przeanalizował w najmniejszym stopniu, czy zarzut potrącenia tej kary umownej został zgłoszony skutecznie.

Aby procesowy zarzut potrącenia mógł odnieść skutek w postaci oddalenia powództwa (w całości lub w części) wobec uwzględnienia potrącenia, niezbędnym jest wykazanie przez pozwanego złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu w sposób wymagany prawem, a także zasadności tego potrącenia poprzez wykazanie istnienia wierzytelności, która została przedstawiona do potrącenia, w tym także wysokości tej wierzytelności.

Zauważyć należy, iż procesowy zarzut potrącenia został przez pozwanego zgłoszony w sprzeciwie od nakazu zapłaty z dnia 14.05.2012 r. z powołaniem się na pismo z dnia 30 listopada 2011 r. , informującym powoda o wystawieniu not obciążeniowych Nr (...) i nr (...) na kwotę wyszczególnioną w fakturze (...) nr (...), tj. na 186.302,36 zł oraz na kwotę 33.065,90 zł i potrąceniu kwoty w wysokości 186.302,36 zł tytułem kary umownej za opóźnienie wykonania robót budowlanych z wierzytelnością wysługującą wykonawcy w tej samej wysokości. Niezależnie od powyższego pozwany pismem z dnia 14.05.2012 r. – w związku z opisaną wyżej notą obciążeniową nr (...) r. – potrącił swoją wierzytelność o zapłatę kwoty łącznej 219.368,16 zł z tytułu naliczonych kar umownych zgodnie z wierzytelnością (...) i (...) z tytułu budowy ekranów akustycznych.

Zauważyć należy, iż samo wystawienie not obciążeniowych nie jest równoznaczne ze złożeniem materialnego zarzutu potrącenia. W piśmie pozwanego z dnia 30.11.2011 r. adresowanym do (...) zawarta była wprawdzie informacja o wystawieniu obu not obciążeniowych, jednakże nie złożono w nim oświadczenia o potrąceniu kwot objętych tymi notami z jakąkolwiek wierzytelnością powodów. Strona pozwana miała tego świadomość, bowiem już po wszczęciu niniejszego postępowania złożyła oświadczenie o potrąceniu pismem z dnia 14.05.2012 r.

Co do skuteczności tego oświadczenia pozwanego o potrąceniu zastrzeżenia zgłosili powodowie, zaś na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku dodatkowo podnosili zarzuty dotyczące niewłaściwego umocowania do działania w imieniu strony pozwanej osoby składającej to oświadczenie oraz niewykazanie wyczerpania trybu przewidzianego do zgłoszenia potrącenia w przepisach ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (j.t. Dz. U. 2012.1112 ze zm.). W toku niniejszego postępowania bowiem, ale przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu, w stosunku do obu powodów została ogłoszona upadłość. Pomimo, iż Sąd pierwszej instancji dysponował odpisami obu postanowień o ogłoszeniu upadłości wobec każdego z powodów (k. 152 i k. 153), w ogóle nie zauważył tych faktów w swoich ustaleniach faktycznych i uchylił się od oceny wpływu ogłoszeń upadłości na zastosowanie prawa materialnego,

tj. oceny skuteczności materialnoprawnej potrącenia dokonanego przez pozwanego pismem z dnia 14.05.2012 r. Tymczasem – jeśli potrącenie zostało dokonane nieskutecznie – nie zachodziła podstawa do oddalenia powództwa.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy dokona przede wszystkim pełnych ustaleń faktycznych, a następnie oceni zasadność zgłoszonego roszczenia mając na uwadze fakt, iż wykonanie robót w przedmiotowym zakresie zostało ostatecznie przez zamawiającego przyjęte, co skutkuje powstaniem po stronie pozwanego zobowiązania do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Kwestię sposobu zasądzenia dochodzonej kwoty na rzecz obojga powodów powinna przesądzać treść przepisu art. 379 § 1 k.c. Ponieważ okoliczność wykonania zobowiązania powodowie wykazali, na pozwanym spoczywa nie tylko ciężar wykazania okoliczności przeciwnej (nienależytego lub nieterminowego wykonania zobowiązania), co uzasadniało możliwość obciążenia powodów przewidzianą w umowie z tego tytułu karą umowną, ale przede wszystkim skutecznego zgłoszenia zarzutu potrącenia, uzasadniającego oddalenie powództwa. Jedynie bowiem w sytuacji wykazania nie tylko istnienia podstaw do naliczenia kary umownej oraz prawidłowości obliczenia jej wysokości, ale przede wszystkim złożenia materialnego oświadczenia o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnością powodów w sposób zgodny z prawem, istniałyby przesłanki do uwzględnienia procesowego zarzutu potrącenia, czego konsekwencją musiałoby być oddalenie powództwa w całości albo w części.

Sąd pierwszej instancji winien mieć na względzie, iż zastrzeżenia powoda co do zarzutu potrącenia dotyczyły nie tylko kwestionowania wykonania zobowiązania po terminie, ale także sposobu obliczenia samej wysokości kary, zaś przede wszystkim – braku skuteczności oświadczenia o potrąceniu z uwagi na jego złożenie przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji pozwanego, a także niewykazanie spełnienia przesłanek takiej skuteczności w świetle przepisów prawa upadłościowego i naprawczego.

O ile samo wykonanie zobowiązania po umówionym terminie zdaje się nie budzić wątpliwości, to już oceny Sądu pierwszej instancji wymagać będzie ustalenie długości terminu, z jakim opóźniali się powodowie z wykonaniem zobowiązania. W zależności od powyższego Sąd pierwszej instancji zweryfikuje prawidłowość obliczenia wysokości ewentualnej kary umownej. Jednakże Sąd Okręgowy przystąpi do badania tej kwestii dopiero wówczas, gdy ustali, że osoba składająca w imieniu pozwanego oświadczenie o potrąceniu była do tego umocowana, a także, iż zostały spełnione przesłanki skuteczności potrącenia wynikające z przepisów art. 87 -89 oraz art. 93- 96 Prawa upadłościowego i naprawczego.

Również dopiero z chwilą ustalenia skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu zaktualizuje się wniosek powodów o miarkowanie kary umownej. Nie było przy tym zasadne stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż skuteczne złożenie takiego wniosku wymagało sprecyzowania kwoty do jakiej (czy o jaką) kara umowna miałaby zostać obniżona. Zgodnie z poglądem prezentowanym obecnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8.03.2013 r., III CSK 193/12, LEX Nr 1341679, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4.09.2014 r., I ACa 72/14, LEX Nr 1511634) **„wniosek o miarkowanie kary umownej nie musi zawierać wprost sformułowania, że dłużnik żąda miarkowania kary umownej. Wystarczy, że w trakcie procesu dłużnik, który wnosi o oddalenie powództwa, podniesie także zarzut rażącego wygórowania kary umownej. (...) żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera także w sobie wniosek dłużnika o miarkowanie kary umownej wówczas, gdy z podnoszonych przez niego w trakcie postępowania sądowego okoliczności można wywnioskować, iż żąda on także miarkowania kary umownej. W takich przypadkach, należy przyjąć, iż stanowisko dłużnika żądającego oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej zawiera w sobie także żądanie zmniejszenia wysokości kary umownej, które wprost nie zostało przez dłużnika wyartykułowane.”**. Istotnym jest natomiast, aby dłużnik wykazał istnienie przesłanek do miarkowania kary umownej wynikające z przepisu art. 484 § 2 k.c. Spełnienie również tych przesłanek oceni Sąd pierwszej instancji.

**Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny - na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. - uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za drugą instancję.**