

Sygn. akt I ACa 647/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SSA Magdalena Pankowicz SSO del. Grażyna Wołosowicz
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 21 października 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Gminy M.**

przeciwko **(...) w W., (...) Spółce jawnej w S. i E. K.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 12 stycznia 2015 r. sygn. akt VII GC 293/13

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda 5.400 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód - Gmina M. wystąpił przeciwko członkom Konsorcjum, w skład którego wchodzi: (...) w G. (lider Konsorcjum), (...) Spółka Jawna w S. oraz E. K., prowadzący działalność pod nazwą K. - (...)w T. o zapłatę kwoty 1.920.440 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu sali sportowej przy Szkole Podstawowej nr (...) w M..

Pozwani wnosili o oddalenie powództwa, ewentualnie o miarkowanie kary umownej.

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2015 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 500.000 zł i oddalił powództwo w pozostałym zakresie. Rozstrzygnął również o kosztach procesu.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W dniu 15 września 2010 roku powódka zawarła z pozwanymi, działającymi jako Konsorcjum, umowę, której przedmiotem było wybudowanie w okresie od dnia 15 września 2010 roku do 30 listopada 2011 roku w ramach zadania „zaprojektuj i wykonaj” sali sportowej przy Szkole Podstawowej nr (...) w M., zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiącą integralną część Umowy.

Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.843.244,20 zł netto plus podatek VAT w wysokości 22 %, co łącznie dało sumę 2.248.757,92 zł brutto.

W § 10 ust. 1 pkt. 1 umowy przewidziano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za nieterminową realizację inwestycji, a także za opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji jakości w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia.

Pismem z dnia 10 lipca 2012 roku powód poinformował lidera Konsorcjum, że z uwagi na brak kontynuowania robót, w dniu 16 lipca 2012 roku nastąpi komisyjne objęcie obiektu przez Gminę M., a niezrealizowane prace zostaną powierzone wykonawcy zastępczemu na koszt Konsorcjum. Powyższe pismo lider Konsorcjum potraktował, jako odstąpienie od umowy przez zamawiającego, o czym poinformował powoda pismem z dnia 12 lipca 2012 roku, naliczając mu nadto karę umowną w kwocie 224.875,79 zł. Z dniem 20 lipca 2012 roku pozwani całkowicie zaprzestali wykonywania prac i ostatecznie 20 sierpnia 2012 roku doszło do przejęcia obiektu przez zamawiającego. Z przejęcia sporządzono protokół, w którym stwierdzono jakie prace zostały przez Konsorcjum zrealizowane. Zaznaczono również jakie prace będą zlecone innemu wykonawcy.

Protokół odbioru końcowego został spisany w dniu 1 lutego 2013 roku. Podpisali go przedstawiciele powoda oraz przedstawiciele inspektora nadzoru. Pismem z dnia 12 lutego 2013 roku powód obciążył pozwanych karą umowną za nieterminowe wykonanie umowy w wysokości 1.920.439,26 zł. Przyjął, że okres opóźnienia wynosi 427 dni, tj. od dnia 20 lipca 2012 roku do dnia 1 lutego 2013 roku.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji uznał na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, że doszło między pozwanymi do zawarcia umowy konsorcjum, co determinowało stwierdzenie ich solidarnej odpowiedzialności w stosunku do powoda w myśl odpowiedniego stosowania art. 864 k.c. i wpływało na możliwość żądania spełnienia świadczenia od wszystkich łącznie (art. 366 k.c.). Za przyjęciem solidarnej odpowiedzialności w ocenie Sądu, przemawiała również treść art. 141 stawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.), zgodnie z którym, wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec tego, zarzut braku legitymacji biernej po stronie pozwanych (...) Spółki Jawnej w S. i E. K. został uznany przez Sąd Okręgowy za niezasadny.

Nadto w ocenie Sądu, przy umowie konsorcjum, odpowiedzialność pozwanych należy rozpatrywać globalnie, a nie przez pryzmat poszczególnych konsorcjantów. W tych warunkach nawet, jeżeli zawinienie w opóźnieniu prac następuje tylko po stronie jednego z członków Konsorcjum, będzie rodziło odpowiedzialność pozostałych, albowiem ustalenia dokonywane w umowie Konsorcjum co do rozłożenia obowiązków wynikających z umowy zawartej z inwestorem pozostają dla niego bez znaczenia.

Sąd nie miał również wątpliwości, że nie doszło do odstąpienia przez powoda od zawartej pomiędzy stronami umowy, gdyż brak jest co do tego wyraźnego oświadczenia powoda. Za takie nie można było również uznać pisma z dnia 10 lipca 2012 roku, w którym to powód poinformował jedynie o zamiarze przejęcia terenu budowy celem jej powierzenia wykonawcy zastępczemu. Nadto, w protokole przejęcia obiektu z dnia 20 sierpnia 2012 roku znajduje się zapis, że

Konsorcjum zrezygnowało z realizacji obiektu. Protokół ten zaś został podpisany przez wykonawcę. Zdaniem Sądu I instancji pozwala to na wnioskowanie, że o ile żadna ze stron nie odstąpiła od umowy, o tyle ostatecznie strony zgodziły się na to, by niedokończone przez pozwanych prace wykonał inny podmiot.

W związku z tym, formułowany przez (...) Spółkę Jawną w S. zarzut, że, odstępując od umowy, powód pozbawił się możliwości żądania kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy, okazał się chybiony.

Sąd Okręgowy nie miał również wątpliwości, że prace nie zostały zrealizowane w terminie wynikającym z umowy stron, tj. do dnia 30 listopada 2011 roku, a zawinienie leży po stronie Konsorcjum, gdyż pozwani nie obalili domniemania z art. 476 k.c. poprzez wykazanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponoszą. Złożony przez pozwanych wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na tę okoliczność okazał się spóźniony w kontekście treści art. 207 k.p.c. czy art. 217 k.p.c., ponieważ inicjatywa dowodowa w tym zakresie powinna zostać podjęta już w odpowiedzi na pozew, gdyż już w tym piśmie lider Konsorcjum wskazywał na okoliczności świadczące o braku jego zawinienia w opóźnieniu wykonania inwestycji. Dlatego spóźniony i zmierzający do przedłużenia postępowania wniosek Sąd I instancji oddalił. W tych warunkach skorzystał z opinii biegłego z zakresu budownictwa sporządzonej na potrzeby innej sprawy toczącej się przed Sądem Okręgowym w Białymstoku Wydział I Cywilny (sygn. akt I C 1974/11), o co ostatecznie wnioskowały obie strony procesu.

W opinii biegłego sądowego, która w sprawie niniejszej posiada jedynie walor dowodu z dokumentu prywatnego, przyczyn niedokończenia robót było wiele, a należało do nich m.in. zbyt długie przygotowywanie dokumentacji technicznej i uzgadnianie koncepcji drogą mailową i korespondencyjnie; brak właściwej współpracy pomiędzy członkami konsorcjum oraz niski ich profesjonalizm; zbyt niskie w stosunku do potrzeb zaangażowanie środków finansowo-technicznych i zbyt duża odległość pomiędzy siedzibą konsorcjum, a placem budowy. Biegły nie miał wątpliwości, że winę za zaistniałą sytuacją ponosi strona powodowa, którą w tej sprawie jest stroną pozwaną.

Powyższa opinia była skorelowana z zeznaniami świadków w osobach J. K. (1), M. L., T. K.. Twierdzili oni, że przyczyną opóźnienia było niewykonanie w terminie dachu przez lidera Konsorcjum, co spowodowało przesunięcie realizacji projektu na okres zimy, a wówczas nie zapewniono ogrzewania. Również zwracali uwagę na zbyt małą obsadę pracowników. Nadto w samej odpowiedzi na pozew pozwany (...) Spółka Jawną w S. podał, że był gotowy realizować swoją część prac, jednakże z przyczyn leżących po stronie lidera Konsorcjum (opóźnienia w realizacji dachu, brak zapewnienia ogrzewania) nie miał możliwości wykonania prac w terminie. Kolejni świadkowie, tj. R. D. i Z. B. wskazywali zaś na zmiany w projekcie dokonane przez lidera Konsorcjum, które nie zostały zaakceptowane przez inwestora. Zdaniem Sądu I instancji uprawniona jest zatem teza, że przyczyną opóźnień było zachowanie pozwanego, który nie tylko opóźnił się ze sporządzeniem dokumentacji projektowej, ale następnie podejmował kolejne działania, których skutkiem było niewykonanie umowy w terminie.

Powyższego nie podważyła podnoszona przez (...) w G. okoliczność, że to powód i organ administracji jest winny opóźnieniom prac. Wstrzymanie prac przez inspektora nadzoru miało związek z niewykonaniem dachu w odpowiednim czasie, a co za tym idzie nastąpiło z uwagi na warunki atmosferyczne uniemożliwiające wykonywanie prac wewnątrz budynku. Nadto działania Gminy M. mieściły się w zakresie zapisów umowy i brak było z jej strony celowego opóźnienia procesu realizacji inwestycji. Wpływu na opóźnienie nie miał również termin w jakim wydano pozwolenie na budowę, gdyż mieścił się on w terminie przewidzianym przez k.p.a.

W tych warunkach Sąd Okręgowy uznał, że powód miał prawo naliczyć karę umowną za nieterminowe wykonanie prac, jednakże nie za taką ilość dni, jaka została wskazana w pozwie, gdyż pozwani zakończyli prace na inwestycji w dniu 20 lipca 2012 roku i tę datę należało uznać za końcowo graniczną, jeżeli chodzi o okres, za jaki należy się powodowi kara umowna. Od tego momentu pozwani nie mieli wpływu na terminowe podejmowanie czynności, stąd nie sposób obarczyć ich odpowiedzialnością za okres następujący po tej dacie.

W tej sytuacji Sąd I instancji przyjął, że powodowi przysługuje kara umowna za nieterminowe wykonanie umowy za okres 233 dni. tj. od dnia 1 grudnia 2011 roku do dnia 20 lipca 2012 roku, w wysokości 1.047.921,19 zł (233 x 0,2 x 2.248.757,92 zł).

Mając na uwadze wniosek (...) Spółki Jawnej w S. Sąd Okręgowy skorzystał z możliwości jaką daje zapis art. 484 § 2 k.c. i karę tę zmiarkował, ponieważ pozwani w znacznej części wykonali zobowiązanie. Wartość prac wykonanych przez pozwanych na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy z dnia 15 września 2010 roku stanowi łącznie kwotę 1.764.320,41 zł. W związku z tym pozwani wykonali umowę w prawie 80 %, a więc w znacznej części. Karę umowną w kwocie 1.047.921,19 zł Sąd I instancji uznał także za rażąco wygórowaną, biorąc pod uwagę relację pomiędzy jej wysokością a wartością prac wykonanych przez pozwanych.

Wobec tego, zdaniem Sądu Okręgowego karą umowną za nieterminowe wykonanie robót, która spełni w dostateczny sposób swą funkcję kompensacyjną będzie kara w wysokości 500.000 zł. Skompensuje ona powodowi wszystkie negatywne konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania przez pozwanych.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł mając na względzie, że powód wygrał proces w 26 %, zaś pozwani przegrali w 74 %.

Apelacje od powyższego wyroku wywiedli pozwani.

Pozwane (...) w W. zaskarżyło wyrok w części uwzględniającej powództwo i obciążającej pozwanych kosztami procesu, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz zasądzenie od powódki kosztów procesu według norm przepisanych za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Podnosiło, że Sąd I instancji błędnie uznał, że powódka nie odstąpiła od umowy oraz twierdziło, że opóźnienie w wykonywaniu robót wynikało nie z winy pozwanego, lecz na skutek zwłoki w wydaniu pozwolenia na budowę (19 dni), opóźnionego odbioru dokumentacji projektowej przez powoda (44 dni) oraz wstrzymania robót przez inspektora nadzoru z powodu zbyt niskich temperatur w hali w okresie zimowym (123 dni), a także blokowania przez powódkę prac w związku ze zgłoszeniem podwykonawców (158 dni).

Pozwana spółka (...) R.-T. sp.j. w S. zaskarżyła wyrok w tej samej części, zarzucając:

I. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na jego wynik w postaci:

1. art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 229 k.p.c. polegające na braku ustalenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, braku wszechstronnego rozpatrzenia i rozważenia materiału dowodowego, sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, oraz błędnej ocenie przeprowadzonych dowodów tj.:

a. błędna ocena zeznań W. R. i R. K. poprzez odmowę uznania je za wiarygodnie w zakresie w jakim wynika z nich brak zawarcia między pozwanymi umowy konsorcjum, w konsekwencji błędne ustalenie przez Sąd, że pozwanych łączyła umowa konsorcjum i ponoszą oni solidarną odpowiedzialność wobec powoda, podczas gdy pozwany ad 2 wykonywał prace w ramach inwestycji w M. jedynie w charakterze podwykonawcy pozwanego ad 1.

b. błędne i sprzeczne z materiałem dowodowym ustalenie przez Sąd, że nie doszło do odstąpienia przez powoda od umowy nr (...) z dnia 15.09.2010r., podczas gdy ustalenie to jest sprzeczne z zeznaniami J. K. (1), R. M., E. M., treścią § 14 umowy z dnia 15.09.2010r. nr (...), treścią pisma powoda z dnia 10.07.2012r., pisma pozwanego 12.07.2012r. oraz zachowaniach stron polegających na komisyjnym przejściu obiektu, sporządzeniu inwentaryzacji, podpisania protokołu odbioru i zlecenia dokończenia prac podmiotom trzecim,

2. art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanego ad 2 o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego i w konsekwencji nieprzeprowadzenie tego dowodu na okoliczności wskazane w piśmie pozwanego ad 2 z dnia 16 kwietnia 2014r. przy jednoczesnym dopuszczeniu jako dowodu z dokumentu

prywatnego opinii biegłego sądowego z grudnia 2013r. sporządzonej na potrzeby innej sprawy toczącej się przed Sądem Okręgowym w Białymstoku sygn. akt I C 1974/11, podczas gdy przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego powinno nastąpić w tym postępowaniu zgodnie z zasadą bezpośredniości dowodu oraz było niezbędne dla prawidłowego ustalenia istotnych okoliczności w sprawie, które to uchybienie Sądu w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przez Sąd, że powód nie przyczynił się do opóźnienia w wykonaniu inwestycji.

## II. naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci:

1. art. 60 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. poprzez ich błędne pominięcie i niezastosowanie w danej sprawie przy ocenie, czy doszło między pozwanymi do zawarcia umowy konsorcjum, tj. czy pozwany ad 2 i ad 3 mieli zamiar i cel zawrzeć umowę konsorcjum, podczas gdy z zachowania pozwanych i dokumentów w sprawie wynika, że zamiarem stron nie było zawarcie umowy konsorcjum, a pozwani ad 2 i ad 3 uczestniczyli w realizacji inwestycji jedynie w charakterze podwykonawców pozwanego ad 1,

2. art. 60 k.c. w zw. z art. 492 k.c. i 494 k.c. poprzez ich błędne pominięcie i niezastosowanie w danej sprawie przy ocenie czy doszło do odstąpienia od umowy przez powoda pismem z dnia 10.07.2012r., podczas gdy z treści tego pisma powoda oraz jego zachowania polegającego na przeprowadzeniu inwentaryzacji robót, dokonaniu odbioru robót przerwanych protokołem z dnia 20.08.2012r. wynika wola powoda do odstąpienia od umowy zawartej z pozwanym ad 1.

3. art. 395 § 2 k.c., art. 492 k.c. i 494 k.c. w zw. z art. 483 §1 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż w przypadku odstąpienia od umowy powód może żądać zapłaty kary umownej za zwłokę pomimo zniweczenia stosunku prawnego między stronami ze skutkiem ex tunc wskutek dokonanego odstąpienia, podczas gdy odstąpienie od umowy przez powoda niweczy cały stosunek umowny z mocą wsteczną, w tym w zakresie zastrzeżenia umownego w postaci kary umownej za zwłokę.

Mając to na uwadze wносиła o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa również co do kwoty 500.000,00 zł oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad 2 kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, z uwzględnieniem obu instancji, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji w tym zakresie wraz z orzeczeniem o kosztach procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, we wszystkich instancjach.

Pozwany E. K., zaskarżając wyrok w całości, zarzucił:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału przez ustalenie, że był on członkiem Konsorcjum i odpowiadał solidarnie z pozostałymi pozwanymi, podczas gdy jego celem nie było uczestnictwo w jakimkolwiek Konsorcjum a jego udział jako pracowni ograniczył się wyłącznie do wykonania projektu architektonicznego hali (bez konstrukcji) i udzielenia referencji, o które zwrócił się do niego (...), bez zlecenia nadzoru architektonicznego ani też bez jakichkolwiek wizyt (poza jedną wizytą) na terenie budowy;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego - art. 133 k.p.c. – poprzez nieprawidłowe doręczanie mu pism i wezwań sądowych w toku postępowania sądowego poprzez przesyłanie pism na błędnie wskazywane przez strony adresy jego pracowni architektonicznej, co w sposób oczywisty miało go pozbawić możliwości należytej obrony praw i naruszyło równowagę w traktowaniu go jako strony postępowania;

3. uchybienia procesowe w postaci odmówienia wiary jego zeznaniom składanym w Sądzie oraz oświadczeniom pisemnym składanym przez niego w toku postępowania, w których wyjaśniał swój udział i rolę jaką pełnił we wstępnej, formalnej części całego przedsięwzięcia, że nie miał jakiegokolwiek wpływu na przebieg robót, przyczyny zaprzestania prac budowlanych oraz treść umowy z Gminą M., której to umowy nie parafował ani też nie znał jej treści a nadto nie został poinformowany o konsekwencjach w postaci kar umownych za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy - co świadczy o tym, że działał w oczywistym błędzie co do znaczenia udzielonego pełnomocnictwa szczególnego do

udziału w przetargu, bowiem znając treść umowy i jej zapisy w zakresie mojej solidarnej odpowiedzialności za całość inwestycji wspólnie z (...) i (...) Sp. jawna nigdy nie zgodziłby się na jego udzielenie.

Mając to na uwadze wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Powodowa Gmina M. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem odwoławczym.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacje pozwanych nie zasługują na uwzględnienie.**

Sąd Okręgowy wszechstronnie, zgodnie z kryteriami z art. 233 § 1 k.p.c. ocenił zebrane w sprawie dowody i poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne. Sąd Apelacyjny podziela dokonaną przez Sąd I instancji ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne, godząc się także z ostatecznym wnioskiem Sądu I instancji, co do odpowiedzialności solidarnej strony pozwanej za nieterminowe wykonanie inwestycji, co w konsekwencji czyniło uzasadnionym roszczenie z tytułu kary umownej.

Sąd Okręgowy, dokonując oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. Przepis ten stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego uznania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Dopuszczenie się przez sąd obraży art. 233 § 1 k.p.c. może więc polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na niedokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważenia sprawy.

Sąd Okręgowy dokonał jednak wszechstronnej, logicznej i zgodnej z doświadczeniem życiowym oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Nie ulega wątpliwości, że pozwani, występując w charakterze konsorcjum, zawarli z Gminą M. w dniu 15 września 2010 roku umowę, której przedmiotem było wybudowanie sali sportowej przy Szkole Podstawowej nr (...) w M.. Trafnie Sąd I instancji wskazał, że umowa konsorcjum jest w obecnym stanie prawnym umową nienazwaną. Podkreślenia wymaga, że celem tej umowy jest najczęściej wspólne zrealizowanie przedsięwzięcia gospodarczego o znacznych rozmiarach, przekraczających możliwości pojedynczych uczestników konsorcjum. Członkowie konsorcjum zobowiązują się do współdziałania w osiągnięciu tego celu. Wewnętrzna struktura konsorcjum może być skonstruowana w ten sposób, że wykonywanie wszelkich czynności jednostkowych, związanych nie tylko z reprezentacją konsorcjum w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się z prowadzeniem jego spraw, koncentruje się w rękach jednego uczestnika, tzw. lidera, który w stosunkach zewnętrznych nawiązywanych przez konsorcjum z osobami trzecimi działa na rzecz konsorcjum jako takiego, zewnętrznych zaś stosunków prawnych nie nawiązują bezpośrednio poszczególni uczestnicy konsorcjum.

Nie budzi wątpliwości możliwość wspólnego ubiegania się przez konsorcjantów o udzielenie zamówienia publicznego. Celem utworzenia konsorcjum jest często uzyskanie zamówienia publicznego, a solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wobec inwestora wynika wprost z treści art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych. Przepisy prawa nie stawiają też jakichkolwiek wymogów co do formy umowy konsorcjum.

Brak jest zatem wątpliwości co do tego, że pozwani zawarli z powodową Gminą umowę jako konsorcjum. Sąd Okręgowy, bazując na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w ośmiu punktach przedstawił trafne argumenty, przesądzające o niezasadności zarzutu braku legitymacji biernej po stronie dwóch pozwanych (spółka (...) i E. K.). Świadczy o tym szereg dokumentów, w tym w szczególności pełnomocnictwa udzielone przez tych pozwanych (...), gdzie wprost E. K. i (...) R. – T. Sp.j. umocowali lidera do podpisania ofert i kontraktu dotyczącego zadania „Budowa sali sportowej przy szkole podstawowej Nr (...) w M.” (k. 140, 229) oraz oświadczenia o braku podstaw do

wykluczenia z przetargu (k.224, 228), w których pozwani ci wskazali, że składają ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, o działaniu w charakterze konsorcjum świadczy umowa zawarta przez (...) oraz (...) R. – T. sp.j., gdzie strony umowy wyraźnie wskazują na działanie w charakterze konsorcjum (k. 154) a także okoliczność, że, jak wynika to z pisma z dnia 6 października 2010 roku, (...) R. – T. sp.j. próbowała zgłosić zamawiającemu podwykonawcę (...), czym niewątpliwie wykonywała uprawnienia wykonawcy. Natomiast E. K. w swoich pismach nie kwestionował, że spółka (...) zawarła przedmiotową umowę w imieniu konsorcjum. Okoliczności powyższe wskazują w sposób oczywisty, że wszyscy pozwani jednoznacznie wyrazili swoją wolę działania w charakterze konsorcjum, co, przy braku wymogów co do formy umowy konsorcjum, jest wystarczające do ustalenia, że taka umowa ich łączyła.

Pozwani, jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, powinni byli wiedzieć jakie są skutki zawarcia umowy konsorcjum oraz, że wiąże się z nią solidarna odpowiedzialność wobec zamawiającego. Osiągnięcie celu gospodarczego pozwanych, jakim było otrzymanie wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotowego projektu, było możliwe w sytuacji zawarcia umowy konsorcjum. Zatem pozwani (...) R. – T. Sp.j. i E. K. winni być świadomi treści zaciąganych przez siebie zobowiązań, jak też skutków, jakie wiązały się z udzielonymi pełnomocnictwami, których treść nie pozostawia wątpliwości.

Aktualne twierdzenia pozwanych, kwestionujących działalność w charakterze konsorcjum, stanowią jedynie próby uniknięcia przez nich odpowiedzialności. Pozwany E. K. podniósł twierdzenia, że zawarł umowę konsorcjum pod wpływem błędu, jednakże w terminie z art. 88 § 2 k.c. nie złożył oświadczenia o uchyleniu się od skutków swego oświadczenia woli, co każe pominąć te twierdzenia jak nieistotne dla wyniku sprawy. Wobec tego należy uznać, że przy wykonywaniu przez pozwanych ad. 1 i ad. 2 prac w ramach przedmiotowej inwestycji nie występował oni w charakterze podwykonawców, co implikuje stwierdzenie, że skierowanie wobec nich roszczenia jest całkowicie zasadne. Chybione są zatem zarzuty apelacji pozwanych ad.1 i ad.2 tego dotyczące.

Wbrew twierdzeniom apelantów materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że nie doszło do odstąpienia przez powódkę od zawartej w dniu 15 września 2010 roku umowy. Z pism i korespondencji stron wynika, że Gmina M., domagając się przejęcia placu budowy i tego by członkowie konsorcjum zaprzestali wykonywania umowy, nie odstępowała od umowy ale realizowała drugie uprawnienie z art. 636 k.c. - bez odstąpienia od umowy chciała powierzyć budowę sali wykonawcy zastępczemu na koszt i niebezpieczeństwo konsorcjantów. Taki też zamiar został zrealizowany przez Gminę. Wspomniany przepis, w razie bezskutecznego upływu terminu do zmiany sposobu wykonywania świadczenia na prawidłowy, daje zamawiającemu uprawnienie do dokonania wyboru między odstąpieniem od umowy albo powierzeniem poprawienia lub dalszego wykonania dzieła innej osobie. Nie da się zatem wywieść, wobec oczywistych oświadczeń Gminy, że zamiar przejęcia przez nią placu budowy oraz następne czynności w postaci faktycznego przejęcia, inwentaryzacji i zgody konsorcjantów, oznacza zgodę na odstąpienie od umowy. Gmina M. w sformułowanych pismach wprost posługiwała się stwierdzeniem, że „wykonanie niezrealizowanych prac i elementów oraz poprawa ewentualnych wad i usterek zostanie powierzona wykonawcy zastępczemu na koszt Konsorcjum”. Nadto w piśmie z dnia 26 lipca 2012 roku powódka wyraźnie wskazała, że „zgodnie z art. 636 k.c. dalsze kontynuowanie umowy zlecone będzie wykonawcy zastępczemu” (k. 242). Te wszystkie okoliczności faktyczne świadczą o tym, że nie odstąpiła ona od umowy i może żądać zapłaty kary umownej za zwłokę. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 60 k.c. w zw. z art. 492 k.c. i art. 494 k.c., jak też, że sąd dokonał błędnej wykładni i niewłaściwie zastosował art. 395 § 2 k.c., art. 492 k.c. i art. 494 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., których rozpatrywanie byłby zasadne jedynie w razie stwierdzenia dokonania odstąpienia od umowy.

Oczywiste jest również, że winę za opóźnienie w wykonaniu inwestycji ponosi strona pozwana. Niekwestionowane w sprawie było, że termin zakończenia inwestycji, określony na dzień 30 listopada 2011 roku nie został dotrzymany, a 20 sierpnia 2012 roku nastąpiło wydanie placu budowy gminie oraz, że w dniu 1 lutego 2013 roku miał miejsce ostateczny termin oddania obiektu. W takim stanie rzeczy pozwani, broniąc się przed żądaniem kar umownych, już w odpowiedzi na pozew powinni wykazywać i przedstawiać fakty i dowody, że opóźnienie nie było zawinione. Brak jest zatem podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażony został pogląd, że art. 227 k.p.c. w ogóle nie może być przedmiotem naruszenia przez sąd, ponieważ nie jest on źródłem obowiązków ani uprawnień jurysdykcyjnych, lecz w istocie określa wolę ustawodawcy ograniczenia kręgu faktów, które mogą być przedmiotem dowodu w postępowaniu cywilnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 2004 r., IV CK 75/04, LEX nr 142533). Przepis ten określa jedynie, jakie fakty są przedmiotem dowodu, stanowiąc, że są to fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Twierdzenie, że został on naruszony przez sąd rozpoznający sprawę, ma rację bytu tylko w sytuacji, gdy zostanie wykazane, że sąd przeprowadził dowód na okoliczności niemające istotnego znaczenia w sprawie i ta wadliwość postępowania dowodowego mogła mieć wpływ na wynik sprawy, bądź, gdy sąd odmówił przeprowadzenia dowodu na fakty mające istotne znaczenie w sprawie, wadliwie oceniając, że nie mają one takiego charakteru (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 11 maja 2005r., III CK 548/04, LEX nr 151666). Pozwany, co prawda powołał także naruszenie art. 217 k.p.c., jednakże o naruszeniu tego przepisu nie może być mowy w świetle oczywistego spóźnienia powoda w przedstawieniu dowodów. Zgodnie z dyspozycją § 2 tego przepisu, sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich we właściwym czasie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Żadne z tych okoliczności nie zostały wykazane, ani nawet uprawdopodobnione. Ponadto sam rozwojowy charakter sprawy – postępowania dowodowego - nie stanowi przesłanki do zastosowania art. 217 § 2 k.p.c. Sąd bierze, bowiem pod uwagę okoliczność, czy strona mogła i z uwagi na naturalny bieg procesu powinna była powołać twierdzenie lub dowód wcześniej, ze względu na jego łączność z materiałem poprzednio zaprezentowanym.

Trafnie w tych warunkach Sąd Okręgowy uznał, że wniosek o powołanie biegłego z zakresu budownictwa, który miałby ocenić podnoszone przez nich okoliczności dotyczące braku zawinienia w opóźnieniu, był spóźniony w świetle art. 207 k.p.c. Złożenie odpowiedniego wniosku nastąpiło w dalszym toku procesu i z tej racji słusznie Sąd Okręgowy ten wniosek oddalił.

Tym samym Sąd I instancji trafnie przyjął, że strona pozwana dopuściła się zwłoki. Nadmienić trzeba, że w świetle art. 476 k.c. zwłoka jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, czyli wynikiem wskutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Powyższy przepis kreuje domniemanie prawne, że dłużnik jest odpowiedzialny za opóźnienie. To bowiem na dłużniku ciąży obowiązek wykazania, iż nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie. Dopiero skuteczne przeprowadzenie takiego dowodu wyłączać będzie jego odpowiedzialność za zwłokę. Zwłokę więc domniemywa się. Jest to domniemanie wzruszalne. Wierzyciel musi jedynie udowodnić fakt zaistnienia opóźnienia, zaś dłużnik musi wykazać, że za to opóźnienie nie ponosi odpowiedzialności. Biorąc zatem pod uwagę dowody zgromadzone w sprawie można z całym przekonaniem stwierdzić, że na podstawie źródeł osobowych, a także dokumentów złożonych w sprawie, nie ma podstaw do stwierdzenia, że zwłoka pozwanych nie była zawiniona.

Przestawiony przez stronę powodową dokument ze sprawy między tymi samymi stronami o sygn. akt I ACa162/15 (I C 1974/11) w postaci opinii biegłego J. K. (2), wyraźnie wskazuje, że przyczyny opóźnienia leżą wyłącznie po stronie wykonawcy. Wskazano tam szereg zaniedbań pozwanych związanych z procesem budowlanym, których to strona pozwana nie zdołała zakwestionować. Powyższe znalazło zaś potwierdzenie w zeznaniach świadków w osobach J. K. (1), M. L., T. K. czy R. D., Z. B. i A. Z.. Podkreślić tu trzeba, że wniosek o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu także był spóźniony, trafnie jednak Sąd I instancji uznał, że jego przeprowadzenie nie spowoduje zwłoki w postępowaniu (art. 217 § 2 k.p.c.). Opinia biegłego z innej sprawy winna być traktowana jako dokument prywatny, co jednak nie oznacza, że dokument taki nie ma żadnej mocy dowodowej (art. 245 k.p.c.). Wobec tego, że dowód z omawianego dokumentu został przez Sąd I instancji prawidłowo dopuszczony, a pozwani wprost nie skierowali przeciwko niemu żadnych zarzutów oraz skutecznie nie złożyli wniosku o powołanie biegłego, należy uznać, że słusznie Sąd Okręgowy dokument ten uznał za wiarygodny.

Brak jest też podstaw do uznania, że wydanie pozwolenia na budowę nastąpiło z przekroczeniem określonego w art. 35 k.p.a. terminu, który to przewiduje w sprawie szczególnie skomplikowanej okres 2 miesięcy. Zresztą pozwani w ramach umowy byli odpowiedzialni nie tylko za roboty budowlane, ale także za projekt i uzyskanie pozwolenia budowlanego, zatem winni tak organizować przebieg procesu inwestycyjnego, by uwzględnić także możliwość



zastosowania przez organ administracyjny tego właśnie terminu. Wstrzymanie robót przez inspektora nadzoru z powodu zbyt niskich temperatur w hali w okresie zimowym związane zaś było bezpośrednio z niewykonaniem dachu w zaplanowanym terminie oraz z niezaakceptowanymi przez powódkę odstępstwami od projektu w zakresie innego niż zaprojektowany (przez Konsorcjum) węzła cieplnego, a co za tym idzie z niezapewnieniem warunków do kontynuowania prac, niezależnych od warunków atmosferycznych.

Z tych też przyczyn, zdaniem sadu pozwani dopuścili się zawinionego opóźnienia, czyli zwłoki w oddaniu robót będących przedmiotem łączącej strony umowy. To zaś, w świetle zapisu umownego zawartego w § 10 umowy z dnia 15 września 2010 roku, dotyczącego kary umownej za zwłokę w wysokości 0.2% wynagrodzenia wymienionego w § 2 ust. 2 za każdy dzień opóźnienia, powoduje uznanie, że naliczanie kary umownej przez Gminę było zasadne.

Nie wychodząc poza granice apelacji należy zauważyć, że kara umowna mogła być naliczana co najmniej do daty określonej przez Sąd I instancji, tj. do daty 20 lipca 2012, czyli za 233 dni.

W związku z tym, kara umowna naliczona przez gminę wyniosła 1.047.921,19 zł. W świetle powyższego należy uznać, że jej wysokość, jak trafnie przyjął to Sąd I instancji, jest rażąco wygórowana w stosunku do wynagrodzenia umownego za całość robót oraz, że, skoro budowa w około 80% została wykonana, zobowiązanie pozwanych zostało w znacznej części wykonane. Uwzględniając te okoliczności przyjąć należy, że Sąd Okręgowy dokonał słusznego miarkowania do kwoty 500 000 zł (art. 484 § 2 k.c.). Mimo braku w tym zakresie zarzutów apelacji uznać należy, że dalsze miarkowanie byłoby nieuzasadnione.

Krańcowo należy wskazać, że w początkowej fazie postępowania korespondencja była kierowana na nieprawidłowy adres E. K. (choć w większości do niego docierała), jednakże w okresie poprzedzającym wydanie wyroku przez Sąd I instancji korespondencja była kierowana na prawidłowy adres, a pozwany brał czynny udział w rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku. Powyższa sytuacja nie miała zatem wpływu na możliwość obrony praw przez tego pozwanego.

Z tych też względów apelacje pozwanych podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Konsekwencją powyższego jest zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz powódki poniesionych przez nią kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym w kwocie 5.400 zł, ustalonej na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

(...)