

**Sygn. akt I ACa 1119/16**

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 15 lutego 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Lublinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący Sędzia Sądu Apelacyjnego Elżbieta Patrykiewicz

Sędziowie: Sądu Apelacyjnego Alicja Surdy

Sądu Okręgowego Andrzej Mikołajewski (del. do SA, spr.)

Protokolant sekretarz sądowy Agnieszka Pawlikowska

po rozpoznaniu w dniu 2 lutego 2017 roku w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 27 czerwca 2016 roku, sygn. akt IX GC 505/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. kwotę 10800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Andrzej Mikołajewski Elżbieta Patrykiewicz Alicja Surdy

Sygn. akt I ACa 1119/16

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 30 września 2015 roku powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego (...) Spółki Akcyjnej w W. kwoty 806 612,08 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 257 187,71 zł od dnia 29 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty, od kwoty 489 160,93 zł od dnia 9 lipca 2010 roku do dnia zapłaty, od kwoty 60 263,44 zł od dnia 11 lutego 2013 roku do dnia zapłaty, tytułem wynagrodzenia należnego na podstawie umowy konsorcjum, wywodząc, że pozwany niesłusznie obciążył powoda karami umownymi naliczonymi przez inwestora – (...) S. A. w połowie zamiast w 21,99 %, tj. w części odpowiadającej wynagrodzeniu powoda za wykonanie robót budowlanych objętych umową z inwestorem.

\*

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2016 roku Sąd Okręgowy w Lublinie:

I. zasądził od pozwanego (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. kwotę 806 612,08 zł z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 257 187,71 zł od dnia 29 kwietnia 2010 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty,

- od kwoty 489 160,93 zł od dnia 9 lipca 2010 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty,

- od kwoty 60 263,44 zł od dnia 11 lutego 2013 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

II. zasądził od pozwanego (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. kwotę 47 548 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 15 listopada 2007 roku powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L. i pozwany (...) Spółka Akcyjna w W. zawarli umowę konsorcjum dotyczącą wspólnego przedsięwzięcia w postaci realizacji zadania inwestycyjnego na rzecz (...), aktualnie (...) Spółki Akcyjnej z (...) w W., pod nazwą: (...) w L. ((...) L.)". W wyniku rozstrzygniętego w dniu 25 lipca 2008 roku przetargu została zawarta pomiędzy konsorcjum (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. a (...) umowa nr (...) na realizację tego zadania.

Umowa konsorcjum z dnia 15 listopada 2007 roku w pkt 4. określała, iż wobec zamawiającego partnerzy konsorcjum mieli ponosić pełną i solidarną odpowiedzialność za całość zobowiązań wobec zamawiającego. Szczegółowe zasady wzajemnej współpracy, w tym rozliczeń finansowych, partnerzy mieli ustalić po przyznaniu kontraktu konsorcjum i przed przystąpieniem do realizacji kontraktu. Do umowy tej zawarto aneks nr (...) z dnia 27 marca 2009 roku, dający powodowi upoważnienie do samodzielnego zawierania umów z podwykonawcami w zakresie pkt 5 a) umowy o utworzeniu konsorcjum oraz zawarto aneks nr (...), wskazujący na zakres reprezentacji lidera konsorcjum i obowiązków informacyjnych z tym związanych.

Konsorcjanci wygrali przetarg i stronom powierzono wykonanie kontraktu. Inwestor (...) zawarła z członkami konsorcjum umowę dotyczącą budowy węzła ekspedycyjno-rozdzielczego ((...)).

Po zawarciu umowy z inwestorem członkowie konsorcjum sprecyzowali i uszczegółowili następnie swoje relacje, wzajemne prawa i obowiązki w ramach konsorcjum zawierając dodatkowo w dniu 30 lipca 2008 roku kolejną umowę nr (...). Konsorcjanci dokonali szczegółowego określenia zakresu rzeczowego robot z podziałem na poszczególnych konsorcjantów w ten sposób, że (...) Sp. z o. o. wykona cały zakres robot elektrycznych, niskoprądowych oraz niskoprądowych zastrzeżonych niezbędnych do kompleksowej realizacji przedmiotowej inwestycji oraz rozprowadzenie energii elektrycznej zgodnie z materiałami przetargowymi. Roboty te stanowiły 21,99 % ogółu wartości robot objętych umową nr (...) zawartą z inwestorem. Pozostałe roboty budowlane stanowiące 78,01 % ogółu wartości robot wykonać miał drugi konsorcjant (...) S. A. Koszty związane z organizacją i utrzymaniem placu budowy miały być rozliczane i ponoszone proporcjonalnie do procentowo określonej wartości robót w § 2, zgodnie z § 4 umowy; w tej samej proporcji miały być ponoszone koszty związane z poniesieniem wadium oraz ubezpieczeniem budowy i robót oraz związane z gwarancją ubezpieczeniową należytego wykonania umowy. Każdy z konsorcjantów miał ponosić odpowiedzialność z tytułu kosztów usunięcia wad i usterek w zakresie wykonanych przez siebie robót (§ 6 umowy). Do umowy w dniu 20 lutego 2009 roku zawarto aneks nr (...), w którym zredukowano zakres ponoszenia przez (...) kosztów związanych z utrzymaniem i organizacją placu budowy do wysokości 1 % wartości faktur wystawionych przez (...).

Całość prac składających się na zakres rzeczowy robot zleconych (...) Sp. z o. o. na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym została wykonana przez powoda. W związku z powyższym powód wystawił za wykonane prace faktury

VAT: nr (...) z dnia 31 marca 2010 roku na kwotę 2 440 000 zł i nr(...)z dnia 10 maja 2010 roku na kwotę 13 425 053,48 zł.

Po zakończeniu wspólnej inwestycji zamawiający – inwestor (...) S. A. obciążyła wykonawców karą umowną w związku z nienależytym wykonaniem prac w łącznej wysokości 2 879 728,96 zł. Konsorcjanci uważali, że nałożenie na nich kary umownej jest niezasadne.

W związku z tym (...) S. A. wytoczył przeciwko inwestorowi powództwo, które zostało oddalone przez Sąd Okręgowy w Lublinie w sprawie (...), a Sąd Apelacyjny w Lublinie w sprawie (...) oddalił apelację.

Wobec niekorzystnego rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym, (...) S. A. obciążył powoda kwotą 1 439 864,48 zł, która to kwota stanowi 50 % kary umownej, jaką (...) S. A. zapłaciła (...) S. A. oraz 50 % zapłaconych przez (...) S. A. kosztów procesu przegranego z pozwanym (...)

S. A.

Zdaniem powoda działanie takie było sprzeczne z zasadami ponoszenia kosztów i odpowiedzialności ustalonej w umowie konsorcjum. Powód nie uchyłał się od ponoszenia odpowiedzialności z tytułu kary umownej, ale w proporcji wcześniej opisanej w umowie konsorcjum.

Pozwany nie zapłacił powodowi za faktury: o numerze (...) z dnia 31 marca 2010 roku oraz o numerze (...) z dnia 10 maja 2010 roku. Pozwany obciążył powoda karami umownymi wystawiając noty obciążeniowe o numerze (...) z dnia 29 kwietnia 2010 roku na kwotę 107 574,87 zł oraz notę księgową o numerze (...) z dnia 29 kwietnia 2010 roku na kwotę 459 099,80 zł, a następnie notę księgową o numerze (...) z dnia 9 lipca 2010 roku na kwotę 873 189,81 zł. Każda z tych not zawiera 50 % kary umownej naliczonej przez inwestora spółce (...) S. A.

Powód dążył do ugodowego rozstrzygnięcia sporu poprzez zawezwanie do prób ugodowych, skutkiem czego było uznanie przez (...) S. A. roszczenia powoda z tytułu noty obciążeniowej nr (...) wystawionej na kwotę 107 574,87 zł. Pozwany notą obciążeniową nr (...) skompensował kwotę 107 574,87 zł jako 50 % kosztów przegranego procesu ze spółką (...) S. A.

Powód dochodził pozwem łącznej kwoty 806 612,08 zł, na którą to kwotę składają się poszczególne kwoty wynikające z obciążeń powoda notami księgowymi ponad proporcję 21,99 %, w szczególności: co do kwoty 201 912,09 zł z tytułu bezpodstawnej noty księgowej nr (...) z dnia 29 kwietnia 2010 roku, co do kwoty 384 028,88 zł z tytułu bezpodstawnej noty księgowej nr (...) z dnia 9 lipca 2010 roku i co do kwoty 47 311,43zł z tytułu bezpodstawnej noty księgowej nr (...) z dnia 11 lutego 2013 roku1.

Sąd Okręgowy wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie dokumentów, które nie były kwestionowane co do ich autentyczności czy też zgodności ich treści z rzeczywistym stanem rzeczy, a także na podstawie uznanych za wiarygodne zeznań świadka T. D. (1) oraz przedstawiciela strony powodowej S. C. (1).

Świadek T. D. (1) wskazał, że w umowie o utworzeniu konsorcjum nie podzielono odpowiedzialności w stosunku wewnętrznym po to, aby z tego powodu nie odrzucono oferty konsorcjum i nie doszło do wykluczenia z przetargu, w którym konsorcjanci wobec zamawiającego mieli występować solidarnie, zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych. Dodał, że druga strona poruszała kwestię podziału odpowiedzialności w negocjacjach. Traktowano to jako postulat na przyszłość w ramach pierwszej zawartej umowy.

Przedstawiciel powoda S. C. (1) potwierdził, że umowa nie określała wprost kwestii podziału odpowiedzialności stron konsorcjum z tytułu nałożonych kar umownych. Przyznał, że powód domagał się w umowie konsorcjum określenia zasad podziału odpowiedzialności w ramach regresu, do czego nie doszło z uwagi na obawę, że oferta konsorcjum zostanie odrzucona. Intencją powoda był podział odpowiedzialności proporcjonalnie do udziału w zyskach każdego z konsorcjantów.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne w całości.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że stan faktyczny co do zasady nie był sporny pomiędzy stronami. Sporna była ocena prawna zaistniałej sytuacji i proporcji odpowiedzialności kontraktowej w ponoszeniu kar umownych w świetle zawartej umowy konsorcjum oraz istniejącego w wyniku jej zawarcia pomiędzy stronami stosunku prawnego konsorcjum. W szczególności istota sporu sprowadzała się do tego, w jakiej proporcji strony powinny ponosić koszty kar umownych, to jest czy po połowie, czy też w proporcji 21,99 % do 78,01 %, co daje podstawę do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda różnicy w kwocie dochodzonej pozwem.

Konsorcjum jest strukturą zrzeszającą podmioty gospodarcze na określony czas w celu realizacji ustalonego przedsięwzięcia gospodarczego. Konstrukcja ta stosowana jest w Prawie zamówień publicznych w stosunku do uczestników postępowania przetargowego.

Pomiędzy stronami niesporne było, że zawarły one umowę konsorcjum, a ściśle rzecz biorąc, dwie umowy, z których pierwsza z dnia 15 listopada 2007 roku powoływała konsorcjum stron w celu wspólnego udziału w przetargu. Druga umowa z dnia 30 lipca 2008 roku została zawarta po wygraniu przetargu przez konsorcjantów i podpisaniu umowy z konsorcjum na budowę węzła ekspedycyjno-rozdzielczego w L..

W sprawie należało dokonać wykładni woli oświadczeń stron woli w obu umowach i ustalić, czy strony uregulowały kwestię ponoszenia kosztów z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, w tym kar umownych, w proporcji odpowiedzialności, a mianowicie czy można to ustalić na podstawie wykładni językowej porozumienia, czy też należy ustalać intencje stron i cel zawartych umów w ich interpretacji (art. 65 § 2 k.c.).

Sąd Okręgowy rozważał charakter prawny przedmiotowej umowy konsorcjum i doszedł do przekonania, że w niniejszym przypadku nie była to umowa spółki cywilnej, gdyż nie zawiera wszystkich cech właściwych spółce cywilnej.

Sąd Okręgowy obszernie odwołał się do wywodów Sądu Najwyższego zawartych w postanowieniu z dnia 6 marca 2015 roku, III CZP 113/14, na temat charakteru umów konsorcjum, podkreślając, że konsorcja nie mają jednolitego charakteru.

W sprawie nie było sporu co do reprezentacji konsorcjum na zewnątrz. Konsorcjum miało charakter jawny, wyłoniony był lider konsorcjum (...), on składał ofertę przetargową, on też podpisał umowę w imieniu konsorcjum z inwestorem Poczta Polska S. A. Konsorcjum miało więc charakter zewnętrznego i jawnego.

W niniejszym przypadku strony zawarły umowę nienazwaną, w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c., do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860 k.c. – art. 875 k.c. Przy stosowaniu tych przepisów należy uwzględniać istotę stosunku prawnego z umowy nienazwanej konsorcjum i ewentualne różnice pomiędzy istotnymi elementami tego stosunku a elementami kodeksowego typu umowy spółki cywilnej. W praktyce odpowiednie stosowanie omawianych przepisów będzie się sprowadzało do ich stosowania bezpośrednio w całości lub w części, stosownie do zakresu stwierdzonych różnic i podobieństw. Stosowanie odpowiednich przepisów może jednak także oznaczać, że określone unormowanie nie będzie miało zastosowania w ogóle. W szczególności powstaje problem, czy można zastosować w sprawie niniejszej art. 867 § 2 k.c. przyjmując, że strony dokonały określenia udziału w zyskach i stratach wprost lub w drodze wykładni stosownych oświadczeń woli.

Sąd Okręgowy przywołał także art. 376 § 1 k.c., zgodnie z którym treść stosunku wewnętrznego decyduje o zakresie roszczeń regresowych poszczególnych współdłużników solidarnych.

Ogólne reguły obowiązujące przy dokonywaniu wykładni oświadczenia woli określa art. 65 § 1 i § 2 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy zaś raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy

Po pierwsze należy brać pod uwagę znaczenie umowy zgodnie rozumiane przez obie strony, nawet jeżeliby znaczenie to odbiegało od literalnego (językowego) brzmienia umowy (kryterium subiektywne wykładni).

Po drugie w przypadku rozbieżności, tzn. gdy obie strony nie rozumiały tak samo konkretnych zwrotów umowy, należy w dalszej kolejności brać pod uwagę rozumienie odbiorcy, ale przeprowadzającego interpretację w sposób staranny (tak jak by to rozumiał przeciętny uczestnik obrotu – kryterium obiektywne wykładni).

Dokonując wykładni wskazanych wyżej dwóch umów zawartych przez strony Sąd Okręgowy podkreślił, że zawarcie umowy konsorcjum miało na celu określenie zasad współpracy konsorcjantów przy realizacji zamówienia pod nazwą (...) L.. Z treści umowy konsorcjum wynika, że ustanowione ono zostało do współpracy w ramach realizacji umowy i dotyczy także okresu realizacji uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji.

Odpowiedzialność uczestników konsorcjum wobec zamawiającego miała charakter odpowiedzialności solidarnej za całość zobowiązań, w tym z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej za opóźnienie lub nienależyte wykonanie kontraktu.

Roboty miały być realizowane wspólnie. Każdy partner miał odpowiadać za swoje koszty związane ze złożeniem oferty. Szczegółowe zasady wzajemnej współpracy i rozliczeń kontraktu miała określać umowa zawarta odrębnie po wygraniu przetargu.

W umowie z dnia 30 lipca 2008 roku, zawartej po wygraniu przetargu, strony dookreśliły zakres obowiązków konsorcjantów. Rozdzielono zakres rzeczowy robót, powodowi powierzając zakres robót elektrycznych, stanowiących wartość ogółu robót w ramach kontraktu w 21,99 %. Pozostały zakres robót miał wykonać pozwany. W tej proporcji strony miały otrzymać wynagrodzenie. W tej proporcji miały być rozliczane koszty organizacji i utrzymania placu budowy (przy czym aneks nr (...) zredukował udział powoda w tych kosztach do 1 %), a także koszty wniesienia wadium oraz ubezpieczenia placu budowy oraz gwarancji należytego wykonania kontraktu. Koszty usunięcia wad i usterek ponosił ten podmiot, który wykonał dane prace.

Z tych postanowień wynika, że:

- powołano strukturę celową do złożenia oferty, wygrania przetargu, realizacji umowy i w pewnym zakresie zasad ponoszenia odpowiedzialności w związku z wykonaniem kontraktu,
- określono wewnętrzne reguły i podział wykonania zobowiązań w proporcji do wartości robót 21,99 % do 78,01 %.

Intencją stron było, aby wszelkie koszty oferty, wadium, wykonania umowy, co do zasady podzielić w stosunku do wartości robót każdej ze stron. Zgodnie z regułą „czyj zysk tego ryzyko” większe koszty i to proporcjonalnie do wartości prac i wysokości wynagrodzenia ponosił pozwany. Zredukowano odpowiedzialność powoda za utrzymanie placu budowy. Odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji w stosunkach wewnętrznych także odniesiono do tego, kto dane prace wykonywał. Należy uznać, że reguły podziału zobowiązań miały charakter uniwersalny i dotyczyły także odpowiedzialności kontraktowej z tytułu nienależytego wykonania kontraktu oraz odpowiedzialności za opóźnienie, w tym kar umownych. Można to wyinterpretować z celu umowy oraz zapisu pkt. 4.5 w zw. z pkt. 4.6 umowy powołującej konsorcjum z dnia 15 listopada 2007 roku, który wskazywał, że umowa po wygraniu przetargu będzie określać wzajemne rozliczenia i zasady współpracy. O ile w stosunku zewnętrznym z inwestorem konsorcjanci odpowiadali solidarnie, to koszty i odpowiedzialność kontraktu w stosunkach wewnętrznych konsorcjanci podzieliли według proporcji wartości wykonanych prac. Interpretacja taka odpowiada zamiarowi stron w rozumieniu art. 65 § 2 k.c. oraz celowi obu kontraktów, doświadczeniu życiowemu i regule rozsądku. Podział zobowiązań po połowie byłby sprzeczny z intencją i celem drugiego z kontraktów, który wskazywał na proporcje odpowiedzialności i ponoszenia kosztów w stosunku do wartości robót każdej ze stron. Podział zobowiązań po połowie nie został wskazany w żadnej z umów, a istotna dysproporcja pomiędzy wartością robót poszczególnych konsorcjantów oznaczałaby przerzucenie znacznego ryzyka kontraktowego na powoda, co wymagałoby wyraźnej regulacji umownej. Brak podstaw, by ryzyko błędnego wykonania kontraktu ponosiła strona, która miała wykonać około 1/5 wartości robót i to tylko jednego

rodzaju – elektrycznych. Gdyby umowa miała taką treść, jak wywodził pozwany, żadna rozsądna osoba nie zawarłaby takiej umowy, bowiem ryzyko dotyczące niewykonania kontraktu i kar umownych byłoby niewspółmierne w stosunku do potencjalnych korzyści. Umowa realizowała interesy gospodarcze stron, dlatego należy ją interpretować w taki sposób, który odwzorowuje te interesy i intencje stron.

Mając na względzie powyższe argumenty i unormowanie art. 376 § 1 k.c. powód powinien zostać obciążony kwotami kary umownej oraz kosztów procesu w części 21, 99 %, co odpowiada treści stosunku wewnętrznego.

Sąd Okręgowy dodał, że także stosując w drodze analogii art. 867 § 2 k.c., należało ustalić w umowie udział wspólnika w zyskach odnieść, w razie wątpliwości, także do udziału w stratach, co oznaczałoby proporcję udziału w zyskach i stratach w stosunku 21,99 % do 78,01 %.

Z tych względów Sąd Okręgowy w całości uwzględnił powództwo, w podstawie materialnej wskazując art. 867 § 2 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. i art. 376 § 1 k.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd Okręgowy uzasadnił wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Pozwany powinien zwrócić powodowi w całości koszty procesu, na które składają się: opłata sądowa od pozwu (40 331 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (17 zł) oraz wynagrodzenie zawodowego pełnomocnika (7 200 zł).

\*

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany (...) Spółka Akcyjna w W., zaskarżając wyrok Sądu Okręgowego w całości.

Pozwany zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie:

1.1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych nie znajdujących potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, a także sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, skutkujący błędnym ustaleniem, że:

a) strony sporu w umowach konsorcjum z 15 listopada 2007 roku i z 30 lipca 2008 roku (zwanymi dalej łącznie umowami konsorcjum) przewidziały odpowiedzialność regresową w stosunku wewnętrznym według proporcji 78,01 % pozwany, 21,99 % powód, tj. według wartości prac wykonanych przez każdą ze stron umowy na rzecz (...) S. A. (zwanej dalej inwestorem) w sytuacji, gdy takie postanowienia nie wynikały z umów konsorcjum, a świadek T. D. i prezes zarządu powoda S. C. zgodnie zeznali, że mieli świadomość tego, że sprawa podziału odpowiedzialności za kary umowne naliczone przez (...) S. A. nie została uwzględniona w treści umów konsorcjum,

b) celem i intencją umów konsorcjum było rozdzielenie odpowiedzialności i kosztów z tytułu wykonania umowy (w tym związanych z naliczeniem kar umownych przez inwestora) w stosunku wewnętrznym w proporcji 78,01 % pozwany, 21,99 % powód, podczas, gdy nie potwierdza tego treść umów konsorcjum, zeznania świadka T. D., ani prezesa zarządu powoda S. C.,

c) celem i intencją stron umów konsorcjum było, żeby wszelkie koszty oferty, wadium, wykonania umów konsorcjum, podzielić w stosunku do wartości robót każdej ze stron, tj. 78,01 % pozwany, 21,99 % powód, w sytuacji, gdy treść umów konsorcjum, zeznania świadka T. D. oraz prezesa zarządu powoda S. C. nie potwierdzają tego, że strony zamierzały w umowach konsorcjum ująć wszelkie koszty związane z odpowiedzialnością wobec inwestora i podzielić je w takim stosunku procentowym,

1.2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodne zeznań powoda w charakterze strony, z których wynika, że:

a) powód otrzymywał zapewnienia od pozwanego, że odpowiedzialność regresowa będzie rozliczana według procentowej wartości zakresu prac, jakie każda ze stron miała do wykonania, w sytuacji, gdy jest to sprzeczne z pozostałymi zeznaniami powoda uznanymi za wiarygodne, a także uznanymi za wiarygodne zeznaniami świadka T. D. oraz z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, co zostało szczegółowo wykazane w uzasadnieniu apelacji,

b) dla powoda było oczywiste, że umawiał się, że: „jaka wysokość wynagrodzenia taka odpowiedzialność w danym procencie” oraz, że „nie zawarłby umowy, w której zakres odpowiedzialności (dot. odpowiedzialności regresowej) wynosiłby po 50 %” w sytuacji, gdy jest to sprzeczne z pozostałymi zeznaniami powoda uznanymi za wiarygodne, a także uznanymi za wiarygodne zeznaniami świadka T. D. i dowodami z dokumentów oraz z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, co zostało szczegółowo wykazane w uzasadnieniu apelacji, skutkujące błędnym ustaleniem stanu faktycznego sprawy,

1.3) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnych ustaleń, że w umowach konsorcjum strony przewidziały zysk, jaki zostanie osiągnięty w związku z realizacją robót na rzecz (...) S. A., a w dalszej kolejności udział w zysku, który miał wyrażać się w wartości prac każdej ze stron kontraktu w wysokości wynagrodzenia przewidzianego w tym kontrakcie, tj. powód miał przewidziany zysk w wysokości 21,99 % wartości całego wynagrodzenia, a pozwany w wysokości 78,01 %, pomimo, że umowy konsorcjum nie określały wysokości zysków żadnej ze stron, a jedynie procentowy podział zakresu rzeczowego robót, któremu miała odpowiadać wysokość wynagrodzenia, co potwierdza treść umów konsorcjum oraz obdarzone wiarygodnością zeznania świadka T. D. i prezesa zarządu powoda w charakterze strony,

1.4) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez bezpodstawne uznanie, że konsorcjum w związku realizacją robót na rzecz (...) S. A. poniosło stratę w sytuacji, gdy nie znajduje to potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, tj. w umowach konsorcjum, zeznaniach świadka T. D. oraz zeznaniach prezesa zarządu powoda,

1.5) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłowe ustalenie, że Sądy Okręgowy i Apelacyjny w L. w sprawach (...) i (...) w całości oddaliły powództwo pozwanego przeciwko (...) S. A., a w konsekwencji, że wobec niekorzystnego rozstrzygnięcia pozwany obciążył powoda kwotą 1 439 864,48 zł z tytułu kar umownych w sytuacji, gdy jest to sprzeczne z obdarzonymi wiarygodnością dowodami z dokumentów zgromadzonymi w sprawie, z których wynika, że:

- pozwany obciążył powoda karami umownymi naliczonymi przez (...) S. A. w połowie przed złożeniem pozwu o zapłatę przeciwko (...) S. A. w sprawie (...) ((...)),

- Sąd w sprawie (...) ((...)) zasądził na rzecz (...) S. A. część roszczenia objętego pozwem, uznając, że (...) S. A. nie była uprawniona do naliczania i potrącenia z wynagrodzeniem (...) S. A. kar umownych za opóźnienie w wykonaniu etapu III a),

1.6) art. 233 § 1 w zw. z art. 230 k.p.c. poprzez brak ustaleń w zakresie stanu faktycznego dotyczących tego, że:

- w związku z rozstrzygnięciem Sądów w sprawach (...) ((...)) pozwany dokonał korekty noty nr(...) z dnia 29 kwietnia 2010 roku, obciążającej powoda na kwotę 107 574,87 zł, w której obciążył powoda połową kar umownych naliczonych za etap III a),

- pozwany poniósł w sprawie przeciwko (...) S. A. koszty procesu w wysokości 232 790,20 zł i obciążył powoda kwotą stanowiącą połowę tych kosztów, tj. kwotą 116 395,10 zł, na podstawie dwóch not księgowych: (...) z 11 lutego 2013 roku na kwotę 107 574,87 zł i (...) z 11 lutego 2013 roku na kwotę 8 820,23 zł,

- pozwany potrącił swoje roszczenie objęte notą księgową nr (...) z 11 lutego 2013 roku na kwotę 107 574,87 zł z roszczeniem pozwanego o zapłatę kwoty 107 574,87 zł z faktury nr (...) z dnia 31 marca 2010 roku,

pomimo, że powyższe wynika z obdarzonych wiarygodnością dowodów z dokumentów, a ponadto jest to wyrazem stanowiska pozwanego niekwestionowanego przez powoda w toku procesu.

1.7) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodne zeznań powoda w charakterze strony, z których wynika, że:

- „P. wycofał notę i zmienił podejście”,

- „ja tego nie wiem, czy anulowanie noty zbiegło się z wyrokiem Sądu, który stwierdził, że za etap III a) kara umowna się nie należy”,

- „to dziwne zdarzenie, bo po wycofaniu noty obciążeniowej pojawiła się nota obciążająca kosztami procesu na dokładnie taką samą kwotę, jak wcześniejsza nota ok. 107 tysięcy. Połowa kosztów procesu to było ponad 108 tysięcy. P. przyjął zasadę: naliczymy jak nam się podoba” pomimo tego, że są sprzeczne z obdarzonymi wiarygodnością dowodami z dokumentów, a uznanie ich za wiarygodne jest dodatkowo sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, o czym szerzej w uzasadnieniu.

1.8) art. 217 § 2 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 207 § 6 k.p.c. poprzez brak pominięcia spóźnionych twierdzeń powoda zawartych w piśmie procesowym z dnia 13 czerwca 2016 roku złożonym na rozprawie w dniu 13 czerwca 2016 roku, z których wynika, że stosunek odpowiedzialności regresowej powoda wobec pozwanego z tytułu kar umownych w notach obciążeniowych wystawionych przez pozwanego nie został ustalony w proporcji 50 % na 50 %, a około 46,5 % do 53,5 %,

1.9) art. 247 k.p.c. poprzez uwzględnienie przez Sąd przy wydawaniu wyroku zeznań Prezesa Zarządu powoda, z których wynika, że powód w umowach konsorcjum umawiał się na zasadzie „jaka wysokość wynagrodzenia taka odpowiedzialność w danym procencie”, „nie zawarłby umowy, w której zakres odpowiedzialności (regresowej) wynosiłby po 50 %”, pomimo tego, że zeznania te nie powinny być uwzględnione przy wyrokowaniu, gdyż zostały złożone ponad osnowę dokumentów, dla których została zastrzeżona forma pisemna pod rygorem nieważności,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

2.1) art. 65 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji dokonanie błędnej wykładni umów konsorcjum z dnia 15 listopada 2007 roku i z dnia 30 lipca 2008 roku, prowadzące do przyjęcia, że umowy te przewidywały odpowiedzialność regresową stron w proporcji 21,99 % powód, 78,01 % pozwany, w sytuacji, gdy prawidłowe zastosowanie i wykładnia art. 65 k.c. prowadzi do wniosku, że strony nie uregulowały w umowie zasad odpowiedzialności regresowej w stosunku wewnętrznym,

2.2) art. 376 § 1 k.c. poprzez nieuwzględnienie w niniejszym przypadku, że odpowiedzialność regresowa konsorcjantów jako dłużników solidarnych nie została określona w umowie, a zatem winna być rozliczona w proporcji 50 % na 50 %,

2.3) art. 498 k.c. w zw. z art. 499 k.c. w zw. z art. 376 § 1 k.c. w zw. z art. 742 k.c. poprzez ich niezastosowanie i nieuwzględnienie tego, że wierzytelność pozwanego została potrącona z wierzytelnością powoda, co skutkowało uwzględnieniem roszczeń powoda w całości, pomimo, że roszczenia te wygasły na skutek dokonanego potrącenia,

2.4) art. 65 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie skutkujące dowolnym uznaniem, że niezasadnym jest ukształtowanie w umowie konsorcjum odpowiedzialności z tytułu regresu w sposób nieproporcjonalny do wysokości wynagrodzenia, pomimo że jest to dopuszczalne w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c.,

2.5) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 376 § 1 k.c. poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że w sytuacji, gdyby strony chciały określić odpowiedzialność regresową w proporcji 50 % na 50 %, powinny to wprost określić w umowie, podczas gdy brak uregulowania odpowiedzialności regresowej mieści się w ramach swobody umów, a zgodnie z art. 376 § 1 k.c. oznacza odpowiedzialność w częściach równych,

2.6) art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 65 k.c. poprzez nieuwzględnienie przy dokonywaniu wykładni oświadczeń woli tego, że obie strony sporu są przedsiębiorcami, co skutkowało uznaniem, że pomimo braku określenia w treści



umów konsorcjum odpowiedzialności regresowej, strony przewidziały tę odpowiedzialność w proporcji do ustalonego zakresu prac, zamiast w proporcji 50 % na 50 %,

2.7) art. 867 § 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni pojęć „zysk” i „strata” użytych w treści tego przepisu, tj. zrównanie tych pojęć odpowiednio z pojęciami „wynagrodzenie” i „obciążenie karami umownymi”,

2.8) art. 867 § 2 k.c. poprzez błąd w subsumpcji polegający na zastosowaniu tego przepisu do umów konsorcjum z dnia 15 listopada 2007 roku i 30 lipca 2008 roku, pomimo uznania, że umowy te nie stanowią umowy spółki cywilnej.

Pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, za wszystkie instancje według norm przepisanych.

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

Apelacja pozwanego nie jest zasadna.

Odnosząc się do ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji należy przyznać, że w umowach konsorcjum z dnia 15 listopada 2007 roku i z dnia 30 lipca 2008 roku nie uregulowano wyraźnie zasad odpowiedzialności regresowej w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą wobec inwestora z tytułu odszkodowania za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, w szczególności w związku z zapłatą inwestorowi kar umownych. Świadek T. D. (1) zeznał, że reprezentujący powoda E. M. podnosił ten temat w ramach negocjowania umowy konsorcjum (pierwszej, tj. z dnia 15 listopada 2007 roku), ale wówczas uznano, że wprowadzenie takich zapisów mogłoby spowodować wykluczenie oferty z przetargu (k. 159-159v). Świadek twierdził również, że opóźnienie było spowodowane głównie zleceniem przez inwestora dużej ilości robót dodatkowych z zakresu robót wykonywanych przez (...), co jednak w żaden sposób nie zostało przez stronę pozwaną w niniejszym procesie wykazane. Stopień odpowiedzialności stron za opóźnienie w zakończeniu inwestycji w niniejszym procesie nie był dowodzony przez stronę pozwaną. Zauważyć przy tym należy, że świadek wiązał odpowiedzialność stron z tytułu kar umownych po połowie z tym, że strony solidarnie odpowiadały za realizację inwestycji, co jednak w świetle unormowania art. 376 § 1 k.c. nie jest normalną konsekwencją istnienia solidarności zobowiązania w stosunku zewnętrznym.

Należy też przyznać rację skarżącemu co do tego, że część zeznań prezesa zarządu powoda S. C. (1) nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, a przynajmniej należy ją uznać za wysoce nieprecyzyjną. Nie ma podstaw, by przyjąć, że umowa konsorcjum zakładała, iż zyski stron będą odpowiadać wartości wykonanych prac przez każdą ze stron (k. 171). Przedmiotem ustaleń powoda i pozwanego był bowiem rozdział zakresu robót pomiędzy partnerami, określony od strony rodzajowej oraz wartościowej (jako część ogółu wartości robót stanowiąca 21,99 % - § 2 umowy z dnia 30 lipca 2008 roku – k. 53-53v). Nie ustalono natomiast, jaki zysk uzyska każda ze stron z realizacji swojej części robót i nie można utożsamiać proporcji wynikającej z wartości robót z proporcją zysku z realizacji kontraktu. W ogóle nie jest znana zamierzona bądź osiągnięta wielkość zysku obu kontrahentów zawierających umowę o utworzeniu konsorcjum z tytułu realizacji zamówienia na rzecz (...). Nie ma też podstaw do twierdzenia, że w wyniku realizacji zamówienia i obciążenia karami umownymi zaistniała strata, tzn. obciążenie karami umownymi dotyczyło kwoty wyższej niż zysk mający przyspaść kontrahentom z realizacji zamówienia. W tym zakresie w ogóle nie prowadzono postępowania dowodowego.

S. C. (1) zeznał również, że rozmawiano na temat unormowania regresu i było dla niego oczywiste, że umawiali się, że regres ma odpowiadać proporcjonalnie wysokości wynagrodzenia, ale zapisu takiego nie sformułowano na piśmie (k. 171v). Ponadto zdaniem prezesa zarządu powoda opóźnienie w realizacji inwestycji było spowodowane czasem usunięcia ostatniej usterki (przeciekający dach), za co nie odpowiadał powód (k. 172).

Z kolei w umowie z dnia 30 lipca 2008 roku uregulowano wyraźnie jedynie rozdział kosztów wymienionych w § 4 (koszty organizacji i utrzymania placu budowy), w § 5 (koszty związane z wniesieniem wadium oraz ubezpieczeniem budowy i robót oraz związane z gwarancją ubezpieczeniową należytego wykonania robót) i w § 6 (koszty usunięcia

wad i usterek powstałych w okresie gwarancji i rękojmi). Podkreślić jednak należy, że w tej umowie zakres odpowiedzialności za wykonanie umowy określono rzeczowo w § 2 umowy, odnosząc go zarazem do proporcji w ogólnej wartości robót.

Słusznie Sąd Okręgowy ustalił, że istniał cel i intencja stron, aby obciążenia podzielić w stosunku do wartości robót każdej ze stron. T. D. (1) zeznał, że taki był postulat pana M. reprezentującego powoda. Świadek nie wskazywał przy tym, aby (...) był przeciwny takiemu podziałowi obciążeń mogących powstać w związku z realizacją inwestycji, a tylko, że nie sformułowano takiego postanowienia na piśmie w umowie z dnia 15 listopada 2007 roku z obawy przed wykluczeniem oferty z przetargu (k. 159-159v). Odpowiada to w tej kwestii zeznaniom S. C. (1) (k. 171v). Koresponduje to zarazem z podziałem zakresu wykonania umowy i rozdziałem innych kosztów w umowie z dnia 30 lipca 2008 roku, które w zakresie kosztów powstających w czasie realizacji inwestycji podzielono w proporcji do ogólnej wartości robót wykonywanych przez każdego z kontrahentów (z tym, że następnie zmniejszono zakres odpowiedzialności powoda za utrzymanie placu budowy), a tylko w zakresie kosztów mogących powstać w okresie gwarancji i rękojmi, związanych z usunięciem wad i usterek, wprowadzono regułę, że każdy z partnerów ponosi koszty związane z usunięciem wad i usterek w jego robotach.

Dopiero po obciążeniu przez (...) lidera konsorcjum karami umownymi prowadzono między stronami rozmowy na temat rozkładu odpowiedzialności za te kary, w których ujawniła się rozbieżność stanowisk stron co do rozkładu tego obciążenia (zeznania T. D. (1) – k. 160).

Nie można zatem stwierdzić, iż Sąd Okręgowy naruszył art. 233 § 1 k.p.c. dając wiarę S. C. (1), że na etapie zawierania umowy o utworzeniu konsorcjum powód był zapewniany przez powoda, że strony będą odpowiadać za wykonanie umowy proporcjonalnie do zakresu swoich prac (określonych proporcjonalnie do ogólnej wartości robót). Nie przeczą temu zeznania T. D. (1). Nie ma też podstaw do zakwestionowania wiarygodności wypowiedzi prezesa zarządu powoda co do tego, jak rozumiał zakres odpowiedzialności powoda z tytułu wykonania umowy i że rozdział odpowiedzialności po połowie, w żaden sposób nie korespondujący z wielkością wykonywanych robót (które kształtowały się w proporcji około 1/5 do 4/5), ani z zakresem odpowiedzialnością danego partnera za nienależyte wykonanie umowy, nie zostałyby zaakceptowane przez powoda.

W apelacji trafnie skarżący wskazuje, że Sąd Okręgowy nieprawidłowo ustalił, iż proces prowadzony przez pozwanego przeciwko (...) S. A. zakończył się oddaleniem powództwa w całości. W niniejszym procesie bezsporne było, że częściowo powództwo uwzględniono, uznając za niezasadne naliczenie kar umownych za opóźnienie w realizacji etapu III a na kwotę 215 149,74 zł. O tyle nie miało to w sprawie znaczenia, że strony nie toczyły sporu co do wysokości wynagrodzenia powoda, jak również co do zasadności obciążenia powoda częścią kar umownych i kosztów procesu poniesionych przez pozwanego przed sądami obu instancji w sprawie (...) ((...)), a tylko co do tego, w jakiej proporcji powód powinien zostać obciążony tymi karami umownymi i kosztami procesu (czy w proporcji odpowiadającej stosunkowi ogólnej wartości robót wykonywanych przez każdą ze stron, czy też po połowie).

Pozwany pierwotnie obciążył powoda kwotą 107 574,87 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w realizacji etapu IIIa i dokonał potrącenia tej należności z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia, a następnie, gdy okazało się, że ta kara umowna inwestorowi się nie należała, obciążył powoda połową poniesionych przez siebie kosztów procesu wytoczonego (...) S. A. i potrącił tę należność z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia w części dotyczącej kwoty 107 574,87 zł (skoro wcześniej dokonane potrącenie okazało się niezasadne), a także zażądał ponadto zapłaty kwoty 8 820,23 zł. Niezależnie od tego, że wypowiedź prezesa zarządu powoda z k. 172v może świadczyć o tym, że nie zrozumiał on właściwie mechanizmu rozliczeń dokonywanych przez pozwanego, strony nie pozostawały w sporze co do tych faktów, ani nie rzutowało to na wysokość należności dochodzonych przez powoda w niniejszej sprawie. W odpowiedzi na pozew pozwany przyznał (k. 122), że spór nie dotyczy stanu faktycznego sprawy a tylko jego oceny prawnej. Spór w procesie ogniskował się bowiem wokół proporcji, w jakiej powód powinien zostać obciążony karami umownymi i kosztami procesu, a nie dotyczył wysokości wynagrodzenia powoda, wysokości kar umownych czy wysokości kosztów procesu. Tym samym, nie kwestionując wywodów zawartych w zarzutach apelacji w punktach 1.5) do 1.7), należy stwierdzić, że nie miały one wpływu na wynik niniejszego procesu, w szczególności pozwany nie

wywodził, że przy przyjęciu proporcji wskazywanej przez powoda (21,99 %) do kar umownych i kosztów procesu w sprawie (...) (...), powodowi nie należałoby się żądana różnica wynagrodzenia (rozliczenie z odpowiedzi na pozew potwierdza trafność wyliczeń powoda, z tym, że kwestia pozostałej żądanej przez pozwanego od powoda kwoty 8 820,23 zł z tytułu kosztów procesu nie była przedmiotem niniejszego procesu).

Niezrozumiały jest zarzut postawiony przez pozwanego w punkcie 1.8) apelacji, skoro Sąd pierwszej instancji w ogóle nie badał twierdzenia powoda z pisma z k. 164, iż w rzeczywistości stosunek odpowiedzialności regresowej powoda wobec pozwanego z tytułu kar umownych w wystawionych notach obciążeniowych został ustalony w proporcji około 46,5 % do 53,5 %. Nota bene, rozliczenie kar umownych z odpowiedzi na pozew nie pozwala ustalić istnienia takiej proporcji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy nie naruszył również art. 247 k.p.c. przeprowadzając dowód z zeznań prezesa zarządu powoda na okoliczność wykładni umów konsorcjum zawartych przez strony. Przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków czy wyjaśnień stron na okoliczność rozumienia treści umowy, czy towarzyszących jej uzgodnień, nie stanowi naruszenia zakazu prowadzenia dowodów przeciwko osnowie dokumentu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2009 roku, III CSK 195/08). Dodać należy, że w przypadku umowy nienazwanej konsorcjum przepisy prawa materialnego nie statuują wymogu formy pisemnej pod rygorem nieważności, a okoliczność, iż strony taką formę zastrzegły dla zmiany umowy (pkt 7 ust. 1 umowy z dnia 15 listopada 2007 roku) o tyle nie ma znaczenia, że już przy zawieraniu tej umowy strony ustaliły zasady odpowiedzialności w stosunku wewnętrznym, nie sformułowane na piśmie z obawy przed wykluczeniem z przetargu a następnie zawarte w umowie z dnia 30 lipca 2008 roku.

Mając na względzie powyższe rozważania, w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sporu poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które należy przyjąć za własne, z uwzględnieniem wyżej sformułowanych uwag, w szczególności dotyczy to ustalenia, iż strony umówiły się, że w stosunku wewnętrznym będą ponosić odpowiedzialność w proporcji wyznaczonej zakresem ogólnej wartości wykonywanych przez nich robót.

Sąd Okręgowy w okolicznościach niniejszej sprawy prawidłowo zastosował art. 65 § 1 i § 2 k.c. dokonując wykładni oświadczeń woli zawartych w umowach stron, kierując się przy tym celem umów i zgodnym zamiarem stron (ustalonym na podstawie całokształtu okoliczności, a zanegowanym przez pozwanego dopiero po obciążeniu go przez inwestora karami umownymi). Niczego w tej kwestii nie zmienia fakt, że obie strony są przedsiębiorcami, co należy uwzględniać przy ocenie ich staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.). Co więcej, przemawia to za wykładnią umów stron w sposób odpowiadający celowi gospodarczemu a nie interesowi pozwanego zmierzającego do przerzucenia na pozwanego ciężaru odpowiedzialności regresowej ponad rzeczywisty udział powoda w realizacji inwestycji.

Sąd Okręgowy nie mógł naruszyć przepisów prawa materialnego o potrąceniu (zarzut 2.3.), gdyż oczywiste jest, że skuteczność oświadczeń woli pozwanego o potrąceniu wierzytelności wzajemnych zależała od ustalenia, czy i w jakiej wysokości istniały wierzytelności przysługujące pozwanemu względem powoda a nie od prawidłowej wykładni i zastosowania tych przepisów.

Sąd Okręgowy nie naruszył też art. 65 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w sposób opisany w zarzucie 2.4, gdyż bynajmniej nie wywodził, że strony nie mogły ukształtować regresu w stosunku wewnętrznym w sposób nieproporcjonalny do wysokości wynagrodzenia, a tylko ustalił, że tak w niniejszej sprawie nie było.

Sąd Okręgowy nie twierdził również, że przyjęcie równego podziału w ramach odpowiedzialności regresowej w stosunku wewnętrznym wymaga wyraźnego postanowienia umowy, a jedynie wskazał, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, z uwagi na fakt, że strony w żaden sposób nie odwoływały się w umowach do reguły 50 % - 50 %, a wręcz przeciwnie –do ustalonej proporcji ogólnej wartości robót, a także ze względu na istotną dysproporcję zakresu robót kontrahentów, taki rozkład ryzyka byłby nieracjonalny i sprzeczny z interesami gospodarczymi stron.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, akceptując trafne wywody Sądu Okręgowego, iż przedmiotowa umowa konsorcjum nie może zostać uznana za umowę spółki cywilnej, nie było podstaw do zastosowania do niej, wprost czy odpowiednio, przepisów k.c. o spółce cywilnej, w szczególności art. 867 § 2 k.c. Dodatkowo należy powtórzyć, że w niniejszym procesie nie ustalono wysokości zysku bądź straty każdego z kontrahentów i pojęć tych nie można utożsamiać ani z wysokością należnego im wynagrodzenia, ani z przypadającymi na nich obciążeniami z tytułu kar umownych i kosztów procesu w sprawie (...) ((...)).

W ustalonym stanie faktycznym na podstawie art. 376 § 1 k.c. Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że odpowiedzialność regresowa stron w stosunku wewnętrznym powinna kształtować się, zgodnie z umową stron, w proporcji 21,99 % do 78,01 %. W konsekwencji nie doszło do skutecznego potrącenia przez pozwanego swoich wierzytelności względem powoda z tytułu obciążenia go karami umownymi i kosztami procesu w sprawie (...) ((...)) w części przekraczającej tę proporcję, gdyż w tym zakresie nie istniały wierzytelności pozwanego (art. 498 k.c.). Wobec tego żądanie przez powoda części wynagrodzenia niesłusznie objętego przedmiotowym potrąceniem, wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego (art. 481 § 1 i § 2 k.c.), było uzasadnione.

Dodać na koniec należy, że w ocenie Sądu Apelacyjnego do przyjęcia porozumienia co do zakresu odpowiedzialności regresowej nie było konieczne wyraźne wskazanie w umowie stron, że dotyczy to kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (w szczególności z tytułu kar umownych). Istnienie takiego porozumienia można wywieść z samego ukształtowania umowy konsorcjum, w której przewidziano zakres wewnętrznej odpowiedzialności obu stron za wykonanie umowy (a tym samym i za jej nienależyte wykonanie), odnosząc go do proporcji ogólnej wartości robót wykonywanych przez każdą ze stron. Pozwany nie dowodził, aby odpowiedzialność regresowa miała kształtować się inaczej z uwagi na fakt, że kary umowne zostały naliczone w związku z nienależytym wykonaniem zakresu robót przez powoda i aby z tego względu należało ustalić odpowiedzialność regresową w innej proporcji, np. odpowiadającej odpowiedzialności każdego z partnerów za naliczenie kar umownych.

Skarżący nie sformułował zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu, a Sąd Odwoławczy z urzędu uwzględnił tylko naruszenie prawa materialnego oraz nieważność postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 roku, II CSK 400/07). Z uwagi na oddalenie apelacji pozwanego nie było podstaw do zmiany tego rozstrzygnięcia.

Wobec oddalenia apelacji pozwanego, na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania apelacyjnego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika powoda – radcy prawnego w stawce minimalnej wynikającej z § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1804) w brzmieniu obowiązującym przed dniem 27 października 2016 roku (por. § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych, Dz. U. z 2016 roku, poz. 1667).

Z tych względów na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku.

1 Oczywiście omyłka Sądu Okręgowego w uzasadnieniu wyroku, gdyż w piśmie z k. 107 powód prosił o wysokość dochodzonych kwot częściowych.