

*Sygn. akt VII AGa 1912/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 1 lipca 2020 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej w składzie:*

*Przewodniczący: Sędzia SA Tomasz Wojciechowski*

*Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska (spr.)*

*SA Magdalena Sajur - Kordula*

*Protokolant: Edyta Hadacz*

*po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 2020 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W.*

*przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością we W., Przedsiębiorstwu (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w P.*

*z udziałem interwenienta ubocznego Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad po stronie powodowej*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda i interwenienta ubocznego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 8 listopada 2017 r., sygn. akt XXVI GC 914/14*

*I. oddala obie apelacje,*

*II. zasądza od Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W., Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kwoty po 18 750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;*

*III. zasądza od Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W., Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kwoty po 18 750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Jolanta de Heij-Kaplińska Tomasz Wojciechowski Magdalena Sajur-Kordula*

*Sygn. akt VII AGa 1912/18*

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 6 sierpnia 2014 roku powód Towarzystwo (...) S.A. z siedzibą w W. wyniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., przedsiębiorstwo inżynieryjne (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz H. + (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz powoda kwoty 6 510 616,74 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. Ponadto powód wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych kwoty 1 096 961,93 zł tytułem odsetek umownych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, alternatywnie wniósł o zasądzenie kwoty 1 345 919,84 zł tytułem odsetek ustawowych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, alternatywnie wniósł o zasądzenie kwoty 199 421,08 zł tytułem odsetek ustawowych za okres od dnia 13 maja 2014 roku do dnia wniesienia pozwu, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. Jednocześnie powód wniósł o zasądzenie od pozwanych solidarnego zwrotu kosztów sądowych w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że dochodzona kwota wynika z zaspokojenia beneficjenta gwarancji Skarbu Państwa – (...), który w trybie ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych zaspokoił przedsiębiorców będących dostawcami i usługodawcami (...) S.A. będącego jednym z konsorcjantów – wykonawcy przedmiotowego kontraktu budowlanego. Następnie powód nabył na podstawie umowy przelewu wierzytelność przysługującą zamawiającemu wobec konsorcjantów, w tym pozwanych. Powód wywodził, że pozwani ponoszą odpowiedzialność solidarną za zapłatę dochodzonej należności, wskazał przy tym szereg podstaw prawnych, z których wywodził odpowiedzialność solidarną pozwanych, w tym m. in. art. 745 k.c., art. 864 k.c., art. 518 § 1 pkt 1 k.c. w związku z art. 141 prawa zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie. Powód podał, że podane podstawy odpowiedzialności solidarnej mają charakter alternatywny i wzajemnie autonomiczny. Do Sądu należy podjęcie decyzji, którą z tych podstaw należy zastosować.

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. wniósł o oddalenie powództwa w całości. W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew zakwestionował wszystkie podstawy odpowiedzialności wskazane przez powoda dla uzasadnienia dochodzenia roszczenia wobec konsorcjantów.

Pozwany H. + (...) sp. z o.o., który zmieniły nazwę na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości. W odpowiedzi na pozew podniósł te same zarzuty, twierdzenia i dowody co (...) sp. z o.o.

Pozwany Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. wniósł o oddalenie powództwa w całości zarzucając brak podstaw do uznania odpowiedzialności za dochodzone roszczenie. W toku postępowania strony podtrzymały stanowiska.

Na podstawie przypozwania zawnioskowanego przez powoda, do postępowania przystąpił interwenient uboczny po stronie powodowej – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wnosząc o uwzględnienie powództwa w całości. Pozwani wnieśli opozycje przeciwko interwencji ubocznej, które zostały oddalone.

Wyrokiem z dnia 8 listopada 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym oddalił powództwo, a w punkcie drugim wyroku zasądził od Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W., Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kwoty po 7 217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

***Powyższy wyrok został wydany na podstawie następującego stanu faktycznego i rozważań prawnych:***

W 2011 roku Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w K. ogłosił przetarg na „Kontynuację budowy autostrady (...) na odcinku B. - W. w km od 479 + 000 do 499 + 800”. W celu uczestnictwa w przedmiotowym przetargu spółki (...) sp. z o.o z siedzibą w P. (dalej: S.), Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej: (...) albo (...)) w oraz H.

+ (...) Budowlana sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: H. + W. lub S. I.) a także (...) S.A. (dalej: P.) w dniu 18 sierpnia 2011 roku zawarły umowę konsorcjum nr 1, którego celem było przystąpienie do przetargu organizowanego przez zamawiającego na zasadach określonych w art. 23 prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy przytoczył istotne postanowienia zawartej umowy konsorcjum. Zgodnie z § 1 umowy, umowa ta regulowała wzajemne relacje pomiędzy stronami oraz ich reprezentację w stosunku do zamawiającego w zakresie wstępnej kwalifikacji i/lub złożenia oferty, jak również realizacji projektu do czasu jego wykonania i ostatecznego rozliczenia w przypadku przyznania kontraktu. W § 2 określono procentowy udział stron w konsorcjum. Strony konsorcjum postanowiły, że roboty wynikające i/lub związane z przedmiotem kontraktu realizują w oparciu o określony system podziału rzeczowego pomiędzy stronami tych robót. W § 2 ust. 4 określono podział wstępny robót pomiędzy partnerami konsorcjum. Stosownie do §3 umowy liderem konsorcjum była spółka (...) + W.. W § 4 umowy wskazano, że w przypadku przyznania kontraktu strony odpowiadać będą wobec zamawiającego solidarnie, zgodnie z postanowieniami umowy z zamawiającym. Zgodnie z § 5 pkt 1 umowy każda ze stron oddzielnie ponosi swoje koszty i wydatki związane z przygotowaniem i złożeniem oferty, zgodnie z § 5 pkt 2 umowy koszty przydzielonych im robót oraz koszty swojego zaplecza budowy strony ponoszą samodzielnie. Zgodnie z § 6 pkt 1 umowy w imieniu stron konsorcjum złożą wadium zabezpieczające oferty. Zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu, jeśli tylko będzie to możliwe, złożą w imieniu konsorcjum każda ze stron w części odpowiadającej jej udziałowi w konsorcjum. W sytuacji gdy nie dojdzie do złożenia odpowiednich zabezpieczeń wykonania kontraktu przez każdego z członków konsorcjum zastosowanie znajdują zapisy pkt 3 – 5, zgodnie z § 6 pkt 2 partner zobowiązany jest do zwrotu liderowi odpowiedniej części kosztów zaciąganych gwarancji, w tym kosztów wadium oraz ewentualnej gwarancji dobrego wykonania, proporcjonalnie do ostatecznego udziału w konsorcjum. Zgodnie z § 6 pkt 3 w celu zabezpieczenia ryzyka wynikającego z niewykonania, nienależytego wykonania lub opóźnienia w wykonaniu lub każdego innego uchybienia zarówno niniejszej umowy, jak i umowy z zamawiającym oraz na wypadek powstania innych zdarzeń leżących po stronie partnera skutkujących powstaniem odpowiedzialności po stronie lidera, a zastrzeżeniem pkt 1 powyżej, partner przekaze liderowi w ciągu 21 od daty podpisania umowy z zamawiającym gwarancję bankową lub ubezpieczeniową bezwarunkową, nie odwołalną i płatną na pierwsze żądanie, wystawioną wg wzoru zaakceptowanego przez lidera, pokrywającą poważne powyższe ryzyka, na kwotę równą 10 % brutto kwoty zakresu robót wykonywanych przez partnera, beneficjentem gwarancji będzie lider. (...) dostarczy gwarancję dobrego wykonania z okresu ważności dłuższym o 14 dni niż okres ważności gwarancji wynikający z umowy z zamawiającym. Zgodnie z § 8 pkt 1 umowy rozliczenie i fakturowanie wykonanych robót będzie dokonywane przez lidera konsorcjum na podstawie dostarczonych przez partnera wszelkich informacji i materiałów niezbędnych do ich wystawienia oraz dokumentujących postępy prac, zgodnie z umową z zamawiającym i wzorami dokumentów rozliczeniowych przekazanych przez zamawiającego. Zamawiający będzie dokonywał płatności na rachunek bankowy lidera konsorcjum. Zgodnie z § 8 pkt 2 umowy płatności za wykonane roboty dokonywane będą przez lidera na podstawie faktur VAT wystawionych przez partnera.

Umowa konsorcjum została zawarta na podstawie standardowych zapisów S.. Strony umowy konsorcjum nie traktowały tej umowy jako spółki cywilnej, tylko jako umowę o współpracy, zakładającą jako cel podstawowy zagwarantowanie zamawiającemu w przypadku, jeżeli jeden z partnerów konsorcjum nie będzie w stanie wykonać swoich prac lub wykona je nienależycie, że pozostali partnerzy dokończą wykonanie prac. Strony umowy konsorcjum ponosiły odpowiedzialność za własny zakres prac, konsorcjum nie posiadało wspólnego majątku, partnerzy nie dzielili się zyskami ani stratami.

W dniu 27 września 2011 roku doszło do zawarcia umowy pomiędzy Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad za jednej strony jako zamawiającym a konsorcjum firm: H. + W., S., P., i (...) z drugiej strony jako wykonawcą, na podstawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający powierzył a wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Kontynuacji budowy autostrady (...) na odcinku B. W. w km od 497 + 000 do km 499 + 800”.

W ramach SIWZ obowiązujące były Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999. Ponadto obowiązywały Szczególne

warunki kontraktu. Zgodnie z pkt 16 SIWZ wykonawca, przed podpisaniem umowy, zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny oferty brutto w jednej lub kilku następujących formach do wyboru: 1/ w pieniądzu, przelewem na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy, 2/ poręczenia bankowego, 3/ poręczenia pieniężnego spółdzielczych kas oszczędnościowo - kredytowych, 4/ gwarancji bankowych, 5/ gwarancji ubezpieczeniowych, 6/ poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 62 ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W dniu 18 września 2007 roku doszło do zawarcia umowy o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego pomiędzy Towarzystwem (...) S.A. a (...) S.A. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy na jej podstawie Towarzystwo (...) S.A. w okresie od 24 września 2007 roku do 23 września 2008 roku będzie wydawać wnioskodawcy (P.) gwarancje kontraktowe na rzecz wskazanych podmiotów. W dniu 2 października 2008 roku strony zawarły aneks nr (...) do ww. umowy, przedłużający okres wydawania gwarancji kontraktowych do dnia 23 września 2009 roku, poza tym w § 9 wskazano, że wnioskodawca zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie zwrócić Towarzystwu (...) S.A. wszelkie kwoty wypłacone przez Towarzystwo (...) SA. na żądanie beneficjentów gwarancji, z tytułu gwarancji udzielonych wnioskodawcy na podstawie niniejszej umowy. Szczegóły dotyczące roszczeń regresowych Towarzystwa (...) S.A. precyzuje § 10 Ogólnych warunków umów o udzielenie gwarancji kontraktowych. Na podstawie kolejnych aneksów do ww. umowy strony przedłużały okres wydawania wnioskodawcy P. gwarancji kontraktowych.

W dniu 26 września 2011 roku pomiędzy Towarzystwem (...) S.A. a P. doszło do zawarcia aneksu nr (...) do umowy o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego nr (...) z dnia 18 września 2007 roku. Zgodnie z § 1 tego aneksu Towarzystwo (...) S.A. zobowiązało się wydać na wniosek wnioskodawcy (P.) gwarancje należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek nr (...), na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, o treści zgodnej z załącznikiem do niniejszego aneksu. W § 2 określono sumę gwarancyjną i termin obowiązywania wydanej gwarancji. W § 3 określono wysokość prowizji, do której zobowiązał się wnioskodawca z tytułu udzielonej gwarancji. P. złożył wniosek o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego dotyczący kontraktu „Kontynuacja budowy autostrady (...) na odcinku B. - W. od km 479 + 000 do km 499 + 800”. Udzielenie gwarancji nastąpiło na zasadach określonych w Ogólnych warunkach umów o udzielenie gwarancji kontraktowych E. H. (dalej: OWU). Zgodnie z § 10 ust. 4 OWU z dniem zapłaty na rzecz beneficjenta określonej kwoty z tytułu gwarancji, Towarzystwu przysługuje roszczenie do wnioskodawcy o zwrot wypłaconej na rzecz beneficjenta należności, powiększonej o koszty poniesione w związku z wykonaniem gwarancji.

W dniu 26 września 2011 roku doszło do udzielenia przez Towarzystwo (...) S.A. gwarancji należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek i nr (...). W treści gwarancji wskazano co następuje: „Z uwagi na to, że nasz klient (...) SA. z siedzibą w T., działając w imieniu i na rzecz konsorcjum w składzie: H. + (...) Budowlana sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A., i Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o., zwanego dalej zobowiązanym, będzie stroną kontraktu na „Kontynuację budowy autostrady (...) na odcinku B. W. w km 479+000 do km 499+800” oraz jest zobligowany do przedstawienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek, my Towarzystwo (...) S.A. z siedzibą w W., zwane dalej gwarantem, nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantujemy na rzecz beneficjenta zapłatę do łącznej kwoty 18 576 774,04 zł - kwota niniejsza stanowi 28,95 % całkowitej wartości gwarancji należytego wykonania kontraktu, z tego do kwoty 18 576 774,04 zł z terminem obowiązywania gwarancji do dnia 27 stycznia 2013 roku z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego kontraktu, oraz do kwoty 5 573 032,21 zł z terminem obowiązywania gwarancji od dnia 28 stycznia 2013 roku do dnia 12 stycznia 2014 roku z tytułu nie usunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i/lub usterek, w okresie rękojmi za wady. Celem niniejszej gwarancji jest zabezpieczenie roszczeń beneficjenta w stosunku do zobowiązanego powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego kontraktu lub z tytułu nie usunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i usterek powstałych po dokonaniu odbioru końcowego”.

W piśmie z dnia 20 lutego 2012 r. skierowanym do inżyniera rezydenta dyrektor kontraktu D. C. przedstawił wyjaśnienia do uwag inżyniera dotyczących umów podwykonawczych oraz zajął stanowisko, że konsorcjanci wobec zamawiającego byli odpowiedzialni za wykonanie zobowiązań wobec podwykonawców robót budowlanych, nawet wówczas gdy stroną umowy z podwykonawcami byli poszczególni konsorcjanci, a nie wszyscy członkowie konsorcjum.

Oświadczenie to nie dotyczyło natomiast odpowiedzialności za zobowiązania wobec usługodawców poszczególnych członków konsorcjum.

Postanowieniem z dnia 13 czerwca 2012 roku Sąd Rejonowy w Tarnowie ogłosił upadłość (...) S.A. obejmującą likwidację jej majątku. W sierpniu 2012 roku syndyk masy upadłości P. złożył zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od kontraktu budowlanego. Kontrakt pomimo upadłości P. realizowany był terminowo, zgodnie z umową i bez zastrzeżeń zamawiającego. P. nie zaspokoił wielu wierzycieli będących jego dostawcami i usługodawcami w związku z realizacją przedmiotowego kontraktu budowlanego. Wierzyciele ci zgłaszali swoje roszczenia do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. W związku z tym, w dniu 9 maja 2012 roku Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wystąpił do powoda z żądaniem zapłaty kwoty 18 576 774,04 zł objętej gwarancją ubezpieczeniową. Jako podstawę żądania wskazał, że P. nie wykonał swoich zobowiązań wynikających z kontraktu. Pismem z 5 czerwca 2012 roku powód odmówił wypłaty żądanej kwoty powołując się na brak dochowania przez beneficjenta warunków formalnych przewidzianych w treści gwarancji.

Postanowieniem z dnia 9 lipca 2012 r. Sędzia komisarz zezwolił syndykowi masy upadłości (...) S.A. na zawarcie porozumienia z dnia 3 lipca 2012 r. w związku z brakiem możliwości wykonywania zobowiązań przez P.. W porozumieniu tym konsorcjanci, w tym pozwani i syndyk masy upadłości P. stwierdzili, że dokonano inwentaryzacji robót P. w toku wraz z materiałami na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym na dzień 25 kwietnia 2012 r., tj. na dzień przekazania placu budowy przez P. celem kontynuacji robót przez konsorcjum, dokonano wyczenia wartości robót koniecznych do wykonania przez pozostałych konsorcjantów, określono należność dla P. za zinwentaryzowane roboty i materiały, pomniejszone o koszt robót naprawczych, wskazano warunki zapłaty na rzecz P.. Strony postanowiły zrzec się i nie dochodzić wobec siebie innych roszczeń związanych z tym kontraktem, w tym w szczególności roszczeń w związku z zapłatą przez partnera/ów tworzących konsorcjum wynagrodzenia za podwykonawców P. wskazanych w załączniku nr 6 do porozumienia. W kolejnym porozumieniu z dnia 10 lipca 2012 r. powtórzono postanowienia porozumienia z dnia 3 lipca 2012 r.

W dniu 3 sierpnia 2012 roku weszła w życie ustawa z 28 czerwca 2012 roku o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (dalej: ustawa o spłacie). Opierając się na regulacjach ustawy o spłacie Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad podjął decyzję o uregulowaniu należności zgłaszanych przez usługodawców i dostawców P.. Postępując zgodnie z ustawą o spłacie sporządzono listę przedsiębiorców, którym po spełnieniu warunków ustawy o spłacie wypłacano najpierw zaliczkę, a następnie pozostałą kwotę należności. Procedura rozpoczynała się od zgłoszenia wniosków przez przedsiębiorców na podstawie ogłoszenia w prasie ogólnopolskiej, które były poddawane weryfikacji również w odniesieniu do tego, czy wiarytelności dotyczą budowy autostrady (...) na przedmiotowym odcinku. Przedsiębiorcy składali oświadczenia przewidziane w ustawie o spłacie oraz dokumenty potwierdzające istnienie wiarytelności. 100% należności zostało wypłacone po wydaniu przez sędziego komisarza listy wiarytelności, w której umieszczone były należności obejmujące dostawy i usługi zrealizowane na potrzeby przedmiotowego kontraktu budowlanego. Ogłoszenie było zamieszczone w Gazecie (...) i na stronie internetowej (...), było kilkakrotnie powtarzane wobec wpływania kolejnych zgłoszeń przedsiębiorców. Cały proces trwał 3 lata, objął 82 przedsiębiorców. Procedura weryfikacji przedsiębiorców była pozytywnie skontrolowana przez NIK. (...) zwracał się do konsorcjum o zaspokojenie roszczeń dostawców P., co spotykało się z odmową. Zgłaszane były zastrzeżenia dotyczące uwzględniania niektórych wiarytelności na liście przedsiębiorców, kwestionowano, aby dostawy miały dotyczyć przedmiotowego kontraktu, zarzucano naruszenie procedury polegające na ograniczaniu do minimum warunków wypłaty, tj. wyłącznie do złożenia przez przedsiębiorcę oświadczenia.

Uzupełniając wskazane przez powoda braki, kolejnymi pismami z dnia 23 sierpnia 2012 roku, 18 września 2012 roku oraz 19 listopada 2012 roku Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad występował do powoda z żądaniem zapłaty kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej, przy czym powód każdorazowo odmawiał wykonania zobowiązania, ostatecznie w piśmie z dnia 14 grudnia 2012 roku zajął stanowisko, iż ostatecznie wezwanie z dnia 19 listopada 2012 roku

jest wolne od wad formalnych. Wskazał jednocześnie, że nadal występują wątpliwości odnośnie zasadności roszczenia (jego wysokości, jak również perspektywy niewątpliwego wzrostu wartości szkody), zaproponował procedurę wypłat.

W grudniu 2012 roku interwenient i powód prowadzili rozmowy zmierzające do ustalenia rzeczywistej wysokości szkody poniesionej przez zamawiającego w wyniku dokonania wypłat na rzecz przedsiębiorców będących wierzycielami P. w związku z wykonywaniem prac objętych kontraktem budowlanym. W wyniku poczynionych w trakcie negocjacji ustaleń w dniu 17 grudnia 2012 roku powód wypłacił kwotę 5 766 371 zł. Była to należność odpowiadająca łącznej wysokości roszczeń przedsiębiorców ujętych na liście przedsiębiorców sporządzonej przez zamawiającego, wskazanych jako uprawnieni na podstawie przepisów ustawy o spłacie. Zapłata została dokonana z zastrzeżeniem zwrotu.

W dniu 25 stycznia 2013 roku powód i interwenient uboczny zawarli porozumienie, które stanowiło potwierdzenie ustaleń dokonanych w grudniu 2012 roku i styczniu 2013 roku. W porozumieniu tym wskazano, że (...) sporządziła listę przedsiębiorców spełniających warunki uzyskania świadczenia w trybie ustawy o spłacie, na której znajdują się roszczenia w łącznej kwocie 5 766 371 zł oraz dokonała wypłaty zaliczek, o których mowa w art. 6 ustawy o spłacie w kwocie 3 039 011,59 zł (§ 1 pkt 3).

Dalej wskazano, że pismem z dnia 19 listopada 2012 roku (...) wezwała powoda do zapłaty 18 576 774,04 zł, w grudniu zaś strony uzgodniły, że Towarzystwo (...) najpierw zapłaci kwotę 5 766 371 zł, w dalszej natomiast kolejności strony przystąpią do negocjacji niniejszego porozumienia. Potwierdzono, że zapłata ww. kwoty nastąpiła 17 grudnia 2012 roku, jednocześnie powód cofnął zastrzeżenie zwrotu dokonane przy zapłacie ww. kwoty (§ 1 pkt 6). W § 2 pkt 1 postanowiono, że zgodnie z postanowieniami gwarancji Towarzystwo (...) powinien dokonać wypłaty pełnej kwoty 18 576 774,04 zł, przy założeniu, że wezwanie to nie stanowi nadużycia prawa. W związku z tym strony postanowiły, że pozostała część płatności ponad już dokonaną zostanie dokonana w odroczonej terminie płatności na określonych w porozumieniu zasadach (§ 2). Uzgodniono, że w przypadku, gdy po zawarciu porozumienia pojawią się nowe, nieznanne dotychczas zamawiającemu roszczenia przedsiębiorców, objęte ustawą o spłacie, związane z działaniem lub zaniechaniem (...) S.A. oraz wykonywaniem kontraktu budowlanego i objęte również gwarancją, zamawiający będzie uprawniony do wezwania powoda na piśmie do dokonania wypłaty kwoty odpowiadającej wartości tych roszczeń w terminie 14 dni. Jako górną granicę wypłat z tytułu gwarancji na rzecz zamawiającego przyjęto wartość udzielonej gwarancji, to jest 18 576 774,04 zł. Ustalono również, że zamawiający może żądać od powoda wypłaty dalszych środków z tytułu gwarancji na podstawie porozumienia najpóźniej do dnia 30 sierpnia 2013 r. W wyniku tych ustaleń powód dokonał na rzecz (...) wypłaty kwoty 6 510 616,74 zł, tj. w dniu 17 grudnia 2012 roku zapłacono 5 766 371 zł oraz w okresie od 24 kwietnia 2013 roku do 1 sierpnia 2013 roku na podstawie kolejnych wezwań (...) zapłacono łącznie 744 245,74 zł.

W porozumieniu z 25 stycznia 2013 roku wskazano nadto, że jego zawarcie nie wyłącza możliwości dochodzenia zwrotu środków pieniężnych wypłaconych przez powoda od innych podmiotów, w szczególności od konsorcjantów (§ 4 pkt 1). Strony oświadczyły, że choć powód płaci własny dług z tytułu gwarancji, to faktycznie (...) dochodzi od Towarzystwa (...) roszczeń z tej gwarancji w związku z koniecznością dokonania płatności osobom trzecim w trybie ustawy o spłacie, przez co uzyskuje roszczenie wobec solidarnych konsorcjantów na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie (§ 4 pkt 2). Strony przyjęły, że najpóźniej do 31 grudnia 2014 r. (...) dokona cesji roszczenia z ustawy na rzecz powoda w wysokości odpowiadającej kwocie wypłaconej przez powoda z tytułu gwarancji (§ 4 pkt 3).

W wykonaniu powyższych ustaleń w dniu 6 marca 2014 roku powód zawarł z interwenientem ubocznym umowę przelewu wierzytelności. W § 2 umowy przelewu wierzytelności cedent oświadczył, że na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie przysługują mu solidarnie wobec podmiotów wskazanych jako wykonawca, to jest wobec pozwanych i P. roszczenia o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy o spłacie, w łącznej wysokości 6 510 616,74 zł. W § 3 wskazano, że na podstawie niniejszej umowy cedent przelewa na rzecz powoda wierzytelności w ww. kwocie. Cesja wierzytelności następuje z chwilą zawarcia umowy. Towarzystwo (...) przyjmuje niniejszym cesję wierzytelności dokonaną na mocy umowy. Załącznikiem nr 3 do wskazanej umowy była tabela przedstawiająca płatności dokonane przez cedenta na rzecz wierzycieli wykonawcy w trybie ustawy o spłacie.

Powód poinformował każdego z pozwanych o dokonanej przelewie wierzytelności, jak również wezwał każdego z pozwanych do zapłaty kwoty 6 510 616,74 zł. Wezwania te pozostały bezskuteczne.

Sąd Okręgowy dokonał ustaleń faktycznych na podstawie bezspornych twierdzeń stron oraz dokumentów i w niewielkim zakresie zeznań świadków i stron. Wiarygodność i autentyczność dowodów z dokumentów nie była kwestionowana, Sąd I instancji wskazał, że nie miał podstaw do podważenia ich mocy dowodowej. Jeśli chodzi o zeznania świadków, to w zakresie, w jakim stanowiły istotny dla sprawy materiał dowodowy Sąd Okręgowy obdarzył je wiarygodnością. Pomocne dla rozstrzygnięcia sprawy były zeznania świadka M. P. i M. M. pracowników (...) na okoliczność procedury zaspokajania usługodawców i dostawców w trybie ustawy o spłacie, zastosowanej w odniesieniu do wierzycieli P.. Świadek D. C. pracownik S. I. na stanowisku Dyrektora Oddziału D., który pełnił funkcję dyrektora przedmiotowego kontraktu, występował wobec zamawiającego w imieniu całego konsorcjum, zeznał na okoliczności treści pisma z dnia 20 lutego 2012 r., w zakresie jego interpretacji, iż konsorcjanci wobec zamawiającego nie brali odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania wobec usługodawców, a wyłącznie za zobowiązania wobec podwykonawców robót budowlanych. Świadek W. G. dyrektor kontraktu z ramienia (...) zeznał na okoliczność podmiotów zaangażowanych przez P. na podstawie umów o podwykonawstwo, o dostawy lub usługi, wykonywania przez P. w okolicach przedmiotowego kontraktu innych budów. Świadek w dużej mierze nie pamiętał w szczególności, czy wskazani przedsiębiorcy świadczyli usługi na tej budowie. Wreszcie świadkowie T. P. i T. S. zeznali na okoliczność celu zawarcia porozumienia pomiędzy powodem a interwenientem ubocznym ze stycznia i cesji wierzytelności, zakresu przedmiotowego ww. porozumienia, uznawania przez (...) odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za zapłatę należności spłaconej przez zamawiającego.

Nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy były zeznania świadka K. G., syndyka masy upadłości P., który nie pamiętał okoliczności zawarcia porozumienia z lipca 2012 r. i świadka W. M., prezesa zarządu P., który nie pamiętał, czy brał udział w zawieraniu umowy konsorcjum, nie potrafił odnieść się do intencji stron tej umowy, nie pamiętał umowy z zamawiającym, ani czy brał udział w zawieraniu umów z powodem, nie pamiętał, czy P. reprezentował konsorcjum w relacji do powoda.

Sąd Okręgowy uznał za istotne dla ustaleń faktycznych zeznania przedstawicieli pozwanych. K. S. członek zarządu S. I. zeznał na okoliczność treści umowy konsorcjum, nie traktowania tej umowy jako umowy spółki cywilnej, tylko jako umowy o współpracy, która zakładała jako cel podstawowy zagwarantowanie zamawiającemu, w przypadku jeżeli jeden z partnerów konsorcjum nie będzie w stanie wykonać swoich prac lub wykonana je nienależycie, że wówczas pozostali partnerzy dokończą wykonanie prac. Zeznania wskazują na ponoszenie przez każdego z partnerów odpowiedzialności za własny zakres prac, podzielenia kosztorysu robót pomiędzy poszczególnych partnerów, nie posiadania wspólnego majątku konsorcjum, nie dzielenia się przez partnerów zyskami ani stratami, niezajomości umowy pomiędzy P. a powodem, nie zwracania się przez powoda do S. I. o udostępnienie dokumentacji finansowej celem sprawdzenia kondycji spółki, nie informowania przez powoda o tym, że beneficjent wystąpił z żądaniem zapłaty z gwarancji.

Wiceprezes zarządu (...) R. R. zeznał na okoliczność tego, iż kontrakt, pomimo upadłości P. był realizowany terminowo, zgodnie z umową i bez zastrzeżeń zamawiającego i w związku z tym braku podstaw do realizowania gwarancji, zaspokojenia wierzytelności podwykonawców P. przez konsorcjum, zobowiązania każdego z konsorcjantów do zawarcia umowy z gwarantem na swój zakres robót, nie występowania przez P. do pozostałych konsorcjantów o zawarcie wspólnie gwarancji z powodem, nie udzielenia P. zlecenia zawarcia takiej umowy z gwarantem, braku podstaw do zaspokojenia dostawców P. przez pozostałych konsorcjantów, podziale rzeczowym i kwotowym robót pomiędzy partnerów konsorcjum, zawarcia z syndykiem masy upadłości P. porozumienia z lipca 2012 r., w którym doprecyzowano, że partnerzy nie będą ponosić odpowiedzialności wobec dostawców P., a tylko wobec jego podwykonawców, odmawiania wobec zamawiającego zaspokojenia dostawców przez konsorcjum, braku podstaw części zgłoszeń dostawców wobec faktu, że ich wierzytelności miały nie dotyczyć tego kontraktu budowlanego.

Członek zarządu S. W. T. zeznał na okoliczność zawarcia umowy konsorcjum na podstawie standardowych zapisów S., braku intencji spółek (...) zawarcia umowy spółki cywilnej, nie posiadania przez konsorcjum wspólnego majątku,

procedury rozliczeń za wykonane przez poszczególnych partnerów roboty budowlane, zobowiązania każdego z partnerów do udzielenia zabezpieczenia we własnym zakresie, nie zwracania się przez powoda o dokumentację finansową S., przyjęcia solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego, a nie wobec dostawców, z uwagi także na brak podstawy prawnej dla takiej odpowiedzialności.

Sąd Okręgowy wskazał, że Skarb Państwa (...) w trybie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 roku o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891 ze zm.) dokonał zaspokojenia wierzytelności usługodawców P., jednego z partnerów konsorcjum realizującego kontrakt, na podstawie udzielonego zamówienia publicznego. Stan faktyczny był co do zasady bezsporny. Pozwany (...) podnosił wprawdzie zarzuty co do wysokości, kwestionując zasadność części wypłat dokonanych na rzecz przedsiębiorców w trybie ustawy o spłacie, jednakże zarzuty te Sąd Okręgowy pominął z uwagi na ich bezprzedmiotowość wynikającą z uznania przez Sąd braku podstaw do dochodzenia przedmiotowego roszczenia od konsorcjantów co do zasady.

Sąd Okręgowy przytoczył przepis art. 1 ust. 1 ustawy o spłacie stanowiący, że ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace, zwanych dalej „należnościami”. Przepisy ustawy nie mają zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647 (1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 i 585).

Kolejny art. 2 stanowi, że Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, zwany dalej „Generalnym Dyrektorem”, spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy przedsiębiorca może zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy:

- 1) który zalega z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo
- 2) wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 233, 978, 1166, 1259 i 1844 oraz z 2016 r. poz. 615) albo wobec którego otwarto postępowanie restrukturyzacyjne.

Sąd Okręgowy wskazał również, że konstrukcja prawna roszczenia powoda opierała się na założeniu, że dokonane wypłaty na rzecz przedsiębiorców w trybie ustawy o spłacie spełniały warunki określone w tej ustawie, w związku z tym Skarb Państwa – (...) na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie, nabył wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie tej ustawy. Następnie zaś przelał na powoda wierzytelność o zwrot wypłaconych środków. Co więcej, roszczenie to przysługiwało Skarbowi Państwa - (...) wobec P. jak i pozostałych konsorcjantów, mających ponosić solidarną odpowiedzialność za to zobowiązanie. Art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie stanowi: Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy.

Istota sprawy sprowadzała się zdaniem Sądu Okręgowego do rozstrzygnięcia szeregu kwestii prawnych, co do których strony prezentowały odmienne stanowiska. Przede wszystkim sporna była kwestia, (i) czy wskazane w cytowanym przepisie roszczenie regresowe przysługiwało Skarbowi Państwa - (...) wyłącznie w stosunku do P. w związku z tym, że dotyczyło nie zaspokojonych przez P. wierzytelności dostawców i usługodawców, którzy wykonali świadczenia na rzecz P., a nie pozostałych konsorcjantów, czy też w stosunku do pozostałych konsorcjantów (pозwanych). Sporna była również kwestia, (ii) czy przedmiotowe roszczenie w ogóle podlegało zaspokojeniu z gwarancji udzielonej przez Towarzystwo (...) S.A. W szczególności pozwany (...) zarzucał, że gwarancja nie obejmowała roszczeń zgłaszanych przez Skarb Państwa, a beneficjent gwarancji chciał wykorzystać i ostatecznie wykorzystał udzielone mu



zabezpieczenie do innych celów, niż wynikające z gwarancji, w konsekwencji powód powinien był odmówić spełnienia żądań Skarbu Państwa.

W odniesieniu do pierwszej kwestii powód wywodził, że przez wykonawcę, wobec którego Generalnemu Dyrektorowi na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie przysługuje roszczenie o zwrot wypłaconych środków należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) każdy podmiot, który wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, czyli zarówno konsorcjum, jak i każdego z konsorcjantów z osobna. Wobec powyższego oraz mając na względzie art. 141 p.z.p., który stanowi, że wszyscy konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie należytego zabezpieczenia wykonania umowy należy przyjąć, że do zwrotu wypłaconych na podstawie ustawy o spłacie środków na rzecz zamawiającego byli zobowiązani solidarnie wszyscy konsorcjanci. Zamawiający był zatem uprawniony do żądania zwrotu należności wypłaconych zgodnie z ustawą o spłacie solidarnie od wszystkich konsorcjantów, a nie tylko od P.. Sąd Okręgowy nie podzielił powyższego, kwestionowanego przez pozwanych poglądu. W tym zakresie Sąd przytoczył pogląd P. D. (1), wyrażony w „Ustawa o spłacie przez Skarb Państwa roszczeń podwykonawców w sektorze budowlanym - analiza krytyczna” (...) 2013, nr 7: ”W przypadku gdy w pozycji generalnego wykonawcy występuje kilka podmiotów działających w ramach umowy konsorcjum lub podobnej (art. 23 p.z.p.), może powstać problem, czy odpowiadają oni solidarnie w ramach regresu. Jak wiadomo, źródłem solidarności biernej może być wyłącznie norma ustawowa lub czynność prawna (art. 369 k.c.). Przepisy analizowanej ustawy nie przewidują solidarnej odpowiedzialności regresowej kilku wykonawców. Norma art. 141 p.z.p. dotyczy odpowiedzialności solidarnej za prawidłowe wykonanie umowy zawartej z zamawiającym oraz wniesienia zabezpieczenia, nie obejmuje zatem roszczeń regresowych określonych w art. 11 u.s.n.n. (przyt. Sądu: ustawy o spłacie). W konsekwencji generalni wykonawcy działający w konsorcjum będą odpowiadali solidarnie w ramach analizowanego tu regresu tylko wtedy, gdy wynika to z umowy zawartej przez nich ze Skarbem Państwa (...).”

W ocenie Sądu Okręgowego z treści umowy zawartej przez konsorcjantów z zamawiającym nie wynika, aby mieli oni ponosić odpowiedzialność solidarną w zakresie omawianego roszczenia, nie wynika to również z umowy konsorcjum. Na gruncie art. 141 p.z.p. w orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli jeden z wykonawców (uczestników konsorcjum) umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego zawarł umowę z podwykonawcą, któremu nie zapłacił wynagrodzenia, to odpowiedzialność wykonawców w stosunku do inwestora spełniającego to świadczenie na rzecz podwykonawcy jest solidarna (art. 141 p.z.p.) (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 września 2008 r. III CSK 119/08, Legalis nr 167941). Pozwani w niniejszym postępowaniu konsekwentnie opierali argumentację na tej treści wykładni wskazując, że w treści umowy konsorcjum przyjęli wobec zamawiającego odpowiedzialność solidarną za spłatę niewykonanych zobowiązań wobec podwykonawców któregośkolwiek z partnerów konsorcjum. Przyjęcie tego rodzaju odpowiedzialności znajdowało oparcie w brzmieniu przepisów obowiązujących w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, tj. art. 141 p.z.p. oraz art. 647 (1) k.c. Analogicznie, można rozważać istnienie podstawy do uznania odpowiedzialności solidarnej wobec zamawiającego z tytułu spłaconych przez niego w trybie ustawy o spłacie wierzytelności usługodawców i wywodzić, jak czyni to powód, odpowiedzialność solidarną pozostałych konsorcjantów za szkodę poniesioną przez zamawiającego w związku z zaistnieniem obowiązku poniesienia tego rodzaju kosztów. Sąd Okręgowy jednakże nie uznał zasadności rozciągania tej odpowiedzialności na zobowiązania inne, niż wynikające z umów podwykonawczych w sytuacji, gdy konsorcjanci w umowie konsorcjum (lub innym porozumieniu) i umowie z zamawiającym nie przyjęli tego rodzaju odpowiedzialności zarówno wobec samych usługodawców (dostawców), jak i wobec zamawiającego.

Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W stanie faktycznym niniejszej sprawy brak jest materialnoprawnej podstawy odpowiedzialności pozwanych wobec wierzycieli P. z tytułu dostaw i usług innych niż usługi podwykonawcze. (...) konsorcjum nie przyjęli jej w treści umowy konsorcjum. Nie ma zatem podstaw, aby uznać, że niewykonanie tych zobowiązań przez pozwanych wobec wierzycieli P. stanowi o nienależytym wykonaniu umowy wobec zamawiającego, za które to wykonanie ponoszą odpowiedzialność solidarną na podstawie art. 141 p.z.p. W stanie faktycznym niniejszej sprawy przyjęciu zasadności argumentacji powoda sprzeciwia się nadto okoliczność, że w momencie udzielenia zamówienia publicznego nie obowiązywała

ustawa o spłacie, tym samym Skarb Państwa nie był zobowiązany do spłaty niezaspokojonych wierzytelności tych przedsiębiorców. Wprawdzie zgodnie z art. 3 ustawy o spłacie przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy, oznacza to, że zobowiązanie Skarbu Państwa obejmuje wierzytelności przedsiębiorców z zamówień udzielonych lub co do których wszczęto postępowanie przed dniem wejścia w życie ustawy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie ma natomiast podstaw aby wywodzić, że ustawa ma działać wstecz kreując odpowiedzialność pozwanych za zobowiązanie, za które w dacie udzielenia zamówienia publicznego nie ponosili odpowiedzialności. Przyjęcie odmiennej koncepcji byłoby sprzeczne z zasadą *lex retro non agit*, wyrażoną w art. 3 k.c.

Kontynuując argumentację Sąd Okręgowy wskazał, że gdyby nawet co do zasady na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie w zw. z art. 141 p.z.p. uznać, że roszczenie regresowe przysługuje zamawiającemu solidarnie wobec wszystkich konsorcjantów, to nie oznacza, że roszczenie to przysługuje również powodowi. Sąd Okręgowy zważył bowiem, że przedmiot cesji z dnia 6 marca 2014 r. nie istniał, wobec zaspokojenia roszczenia o zwrot środków wypłaconych usługodawcom P., przysługującego Skarbowi Państwa – (...) wobec wykonawcy na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie. Zaspokojenie to nastąpiło z gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na zlecenie P. przez Towarzystwo (...) S.A. Z ustawy o spłacie wynika jednoznacznie, że (...) spłaca należności podwykonawców do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 p.z.p. (zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy), udzielonego przez generalnego wykonawcę lub na jego zlecenie (art. 2). Zabezpieczenie to mogą stanowić: kaucja pieniężna, poręczenie, gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, a za zgodą zamawiającego też weksel (z poręczeniem wekslowym banku) lub zastaw na papierach wartościowych względnie zastaw rejestrowy. Wartość zabezpieczenia ustala zamawiający w granicach od 2% do 10% ceny całkowitej lub wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego. Skarb Państwa może dochodzić od wykonawcy tylko tych roszczeń zwrotnych, które nie znajdują pokrycia w możliwym do wykorzystania zabezpieczeniu (np. gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej). W tym przypadku, wobec pokrycia roszczeń zwrotnych z zabezpieczenia udzielonego przez powoda, doszło do wygaśnięcia wierzytelności stanowiącej przedmiot roszczenia regresowego wobec wykonawcy. Cesja z dnia 6 marca 2014 r. była bezskuteczna (art. 509 § 1 k.c. a contrario).

W zakresie drugiej ze wskazanych kwestii spornych Sąd Okręgowy wskazał na brzmienie art. 147 p.z.p., zgodnie z ust. 1 zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej „zabezpieczeniem”, zaś ust. 2 stanowi, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Powód wywodził, że zabezpieczenie to obejmuje wszelkiego rodzaju należne roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Powoływał się na treść gwarancji, w której wskazano, że jej celem jest zabezpieczenie roszczeń beneficjenta w stosunku do zobowiązanego powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego kontraktu lub z tytułu nieusunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i usterek powstałych po dokonaniu odbioru końcowego. Strona pozwana zarzucała natomiast, że ustawa o spłacie weszła w życie 3 sierpnia 2012 r. zatem nie mogła mieć wpływu na treść stosunku gwarancji, który powstał wcześniej. Z uwagi na przywołaną już zasadę nie działania prawa wstecz (art. 3 k.c.) istotnie należy podzielić wątpliwość do co objęcia gwarancją wskazanych roszczeń, niemniej jednak przesądzenie tej kwestii nie ma bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, wobec uznania, że przedmiotowe roszczenie regresowe po pierwsze nie przysługiwało wobec pozwanych, po drugie zaś wierzytelność mająca za przedmiot to roszczenie nie została skutecznie przeniesiona na powoda.

W dalszym ciągu rozważań Sąd Okręgowy odniósł się do kolejnych, wskazanych przez powoda podstaw odpowiedzialności solidarnej pozwanych. Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że podstawy te nie istnieją i pozwani nie ponoszą wobec powoda odpowiedzialności za zobowiązanie będące przedmiotem niniejszego postępowania.

Po pierwsze, gwarancja została udzielona przez Towarzystwo (...) S.A. na rzecz Skarbu Państwa (...) wyłącznie na zlecenie P. i nie ma podstaw do uznania, jak twierdził powód, że zleceniodawcą gwarancji byli również pozwani. W konsekwencji Sąd Okręgowy wykluczył tezę, aby w umowie ustalono odpowiedzialność solidarną wszystkich konsorcjantów wobec gwaranta. Sąd Okręgowy odrzucił argumentację powoda, że P. zlecił udzielenie gwarancji reprezentując konsorcjum, względnie wszystkich konsorcjantów. Było niesporne, że nie zostało udzielone odrębne pełnomocnictwo przez pozwanych dla P., które miałyby stanowić podstawę działania P. w imieniu i na rzecz pozwanych. Umocowanie P. do działania w imieniu konsorcjantów miało wg powoda wynikać z § 6 ust. 1 zdanie drugie umowy konsorcjum, zgodnie z którym zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu, jeśli tylko będzie to możliwe, złoży w imieniu konsorcjum każda ze stron w części odpowiadającej jej udziałowi w konsorcjum. Bezpośrednią podstawę roszczenia miał stanowić (i) § 9 Umowy ramowej w brzmieniu nadanym aneksem nr (...) z dnia 2 października 2008 roku, zgodnie z którym wnioskodawca zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołanie zwrócić Towarzystwu (...) S.A. wszelkie kwoty wypłacone przez (...) S.A. na żądanie beneficjentów gwarancji, z tytułu gwarancji udzielonych wnioskodawcy na podstawie niniejszej umowy, (ii) następnie § 10 ust. 4 Ogólnych warunków umowy o udzielenie gwarancji kontraktowych (OWU), zgodnie z którym z dniem zapłaty na rzecz beneficjenta określonej kwoty z tytułu gwarancji, Towarzystwu przysługuje roszczenie do wnioskodawcy o zwrot wypłaconej na rzecz beneficjenta należności, powiększonej o koszty poniesione w związku z wykonaniem gwarancji. Za to zobowiązanie zdaniem powoda odpowiadają wszyscy konsorcjanci, o czym świadczy § 6 ust. 1 zdanie drugie, § 4 ust. 1 i ust. 4 umowy konsorcjum, oraz treść subklauzuli 1.4 Wzorca Umownego (...). Powód powołał w tym zakresie jako podstawę odpowiedzialności solidarnej art. 745 k.c. wskazując na to, że obowiązek wniesienia zabezpieczenia był solidarny zgodnie z art. 141 p.z.p. - wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zdaniem powoda P. reprezentował pozostałych konsorcjantów składając wniosek do powoda o udzielenie zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, jak również zawierając aneks nr (...) do Umowy ramowej, co potwierdzać miała treść gwarancji we fragmencie, iż została wystawiona na zlecenie P., działającego w imieniu i na rzecz konsorcjum. Umowa o udzielenie gwarancji wg powoda jest umowa nienazwaną, jej przedmiotem jest świadczenie przez gwaranta określonej usługi polegającej na dostarczeniu zabezpieczenia wykonania umowy. Jest to umowa o świadczenie usług, która nie jest uregulowana przepisami szczególnymi, zgodnie zaś z art. 750 k.c. stosuje się do niej przepisy o zleceniu, a ponieważ zleceniodawcą byli wszyscy konsorcjanci to na podstawie art. 745 k.c. są odpowiedzialni solidarnie względem drugiej strony umowy.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji powoda. W ocenie Sądu Okręgowego w treści gwarancji powód nieodwołanie i bezwarunkowo zagwarantował na rzecz beneficjenta zapłatę do łącznej określonej wartości, celem gwarancji było zabezpieczenie roszczeń beneficjenta w stosunku do zobowiązanego (w treści gwarancji jako zobowiązany określone jest konsorcjum), powstałych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego (konsorcjum) kontraktu lub z tytułu nieusunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i usterek powstałych po dokonaniu odbioru końcowego. Zatem, powód jako gwarant zagwarantował beneficjentowi, Skarbowi Państwa (...) zapłatę roszczeń przysługujących wobec konsorcjum. Oznacza to, że beneficjent mógł wystąpić do gwaranta o wypłatę z gwarancji na pokrycie roszczeń mu przysługujących wobec innego niż P. partnera konsorcjum. W konsekwencji dokonania zapłaty przez gwaranta powodowi przysługiwał regres, ale tylko wobec wnioskodawcy – w tym przypadku P.. Opisany schemat wpisuje się w ocenie Sądu Okręgowego w zasadę odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów wobec Skarbu Państwa za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wynikającą z art. 141 p.z.p., jak również koresponduje z § 6 ust. 1 zdanie drugie umowy konsorcjum. Niemniej jednak, co wymaga podkreślenia, jest to odpowiedzialność solidarna konsorcjantów wyłącznie wobec zamawiającego za wniesienie zabezpieczenia. Zobowiązanie to zrealizowane zostało poprzez wniesienie gwarancji składkowych, każdy z konsorcjantów wniósł zabezpieczenie odpowiednie do jego zakresu przedmiotowego robót określonego w treści umowy konsorcjum. Wobec tego zakres odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta jest pochodną zakresu przedmiotowego kontraktu zleceniodawcy – w tym przypadku P.. Nie ma podstaw do „przeniesienia” odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów, która istnieje względem zamawiającego za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, na relację względem gwaranta, który zrealizował gwarancję. Okoliczność, że gwarant zabezpieczył roszczenia beneficjenta wobec

wszystkich członków konsorcjum nie oznacza, że wszyscy członkowie konsorcjum solidarnie odpowiedzialni są wobec gwaranta za zaspokojenie jego roszczeń o zwrot wypłaconej przez gwaranta należności na rzecz beneficjenta gwarancji. Roszczenie zwrotne przysługuje gwarantowi wyłącznie wobec wnioskodawcy, co wprost wynika z brzmienia Umowy ramowej zawartej przez P. z powodem i Ogólnych warunków umowy o udzielenie gwarancji kontraktowych (OWU). Nie ma podstaw do uznania, że podmiotem, który zlecił powodowi udzielenie gwarancji byli wszyscy konsorcjanci, w tym P. reprezentujący również pozwanych. Skoro odpowiedzialność partnerów za udzielenie zabezpieczenia miała charakter solidarny, to jako współdłużnicy solidarni, a nie każdy z partnerów konsorcjum z osobna, zobowiązani byli do wniesienia zabezpieczenia, co uwzględniać musiała również treści gwarancji. Żaden z pozwanych nie udzielił P. pełnomocnictwa do zlecenia powodowi wystawienia gwarancji ze skutkiem takim, iż miałby ponosić odpowiedzialność wobec gwaranta w przypadku dokonania wypłaty przez powoda na rzecz beneficjenta gwarancji.

W dalszym ciągu Sąd Okręgowy zważył, że nie zaistniała podstawa solidarnej odpowiedzialności wynikająca z art. 864 k.c. Zdaniem Sądu nie ma podstaw do ustalenia, że w analizowanym przypadku partnerzy konsorcjum zawarli umowę spółki cywilnej ze skutkiem w postaci odpowiedzialności solidarnej współników za zobowiązania spółki. Zawarcie umowy konsorcjum jest dopuszczalne na podstawie art. 353 (1) k.c. Nie można natomiast utożsamiać umowy konsorcjum z umową spółki cywilnej. Cechą, która odróżnia umowę konsorcjum od spółki cywilnej jest to, że w ramach umowy konsorcjum może, ale nie musi powstać wspólny majątek partnerów konsorcjum. Umowa konsorcjum zawarta pomiędzy pozwanymi i P. nie zawiera żadnych postanowień, które mogłyby stanowić podstawę wyposażenia konsorcjum w majątek, wyodrębniony z majątku jego uczestników, bądź też powstanie w trakcie wykonywania umowy wspólnego majątku partnerów konsorcjum. Umowa ta nie przewiduje również wniesienia wkładów, ani też wspólności zysku wypracowanego w trakcie realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego. Przeciwnie, wynika z niej, że każdy z partnerów ponosi we własnym zakresie koszty przydzielonego mu zakresu robót, a każdemu z nich wypłacane będzie wynagrodzenie za wykonanie określonej w umowie części prac. W związku z tym nie istnieją podstawy do odpowiedniego stosowania do powstałego stosunku prawnego konstrukcji majątku wspólnego współników spółki cywilnej.

Powód powołał również, że solidarna odpowiedzialność pozwanych ma wynikać z art. 518 § 1 pkt 1 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie. Zgodnie z art. 518 § 1 k.c. osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty jeżeli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście albo pewnymi przedmiotami majątkowymi. Powód twierdził, że na podstawie gwarancji był odpowiedzialny osobiście za dług konsorcjantów, co było konsekwentnie kwestionowane przez pozwanych. Zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób podzielić argumentacji powoda. Powód jako gwarant był odpowiedzialny za dług własny. Umowa gwarancji jaką zawarł P. z powodem ma swoje źródło w uregulowanej w art. 391 k.c. umowie o świadczenie przez osobę trzecią. W świetle regulacji umowy o świadczenie przez osobę trzecią, przewidzianej w art. 391 k.c. nie ulega wątpliwości, że gwarant spełniając swoje zobowiązanie wobec beneficjenta spłaca swój, a nie cudzy dług. Jego zobowiązaniem jest bowiem doprowadzenie do tego, by dłużnik główny beneficjenta spłacił swój dług, a jeżeli tego nie uczyni, gwarant obowiązany jest do zapłaty beneficjentowi odszkodowania i jest to tylko jego własny dług, a nie dług także dłużnika głównego. Również wtedy, gdy spełnia przysługujące mu na podstawie art. 391 k.c. zobowiązanie przemienne i sam spłaca dług dłużnika głównego, to czyni to nie dlatego, że jest za ten dług odpowiedzialny osobiście lub rzeczowo, lecz dlatego, że w ten sposób zwalnia się z własnego, innego zobowiązania wobec beneficjenta. Przepis art. 518 §1 pkt 1 k.c. zaś tylko wtedy przewiduje cesję ustawową, a więc przejście wierzytelności z mocy prawa na osobę, która spłaciła wierzyciela, jeżeli osoba ta spłaciła cudzy dług, za który sama jest odpowiedzialna osobiście lub rzeczowo. Chodzi więc np. o poręczyciela, zastawcę spłacającego dług zabezpieczony zastawem, właściciela nieruchomości obciążonej hipoteką, który spłaca dług hipoteczny. Przepisu art. 518 §1 pkt 1 k.c., jako przepisu szczególnego, nie można w drodze analogii stosować do innych sytuacji, niż w nim przewidziane, w tym do sytuacji spłaty własnego, a nie cudzego długu (por. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku w sprawie V CSK 456/12). Gwarant nie odpowiada za dług dłużnika ze stosunku podstawowego, tylko za wykonanie przez niego obowiązku zapłaty. Na gwarancie ciąży dług o charakterze samoistnym, gdyż nie przejmuje on zobowiązania dłużnika głównego tylko ryzyko beneficjenta gwarancji, zapewniając mu wyrównanie szkody poniesionej w razie braku świadczenia dłużnika. Gwarancja jest więc źródłem samoistnej odpowiedzialności za nieosiągnięcie obiecanego i gwarantowanego rezultatu, nie ma charakteru akcesoryjnego i

rodzi pierwotną odpowiedzialność odszkodowawczą, przy czym gwarant może się zwolnić od tej odpowiedzialności przez spełnienie przyrzeczonego świadczenia ciężącego na dłużniku głównym. Natomiast istotą odpowiedzialności poręczyciela jest akcesoryjność oznaczająca, że poręczenie jest treściowo zależne od zobowiązania głównego i dzieli jego los. Skoro zatem obowiązek gwaranta i tego dłużnika pochodzą z różnych źródeł, a do przysporzenia takiego jak przy poręczeniu muszą wywodzić się z tego samego źródła, to nie dochodzi do wstąpienia gwaranta w prawa zaspokojonego wierzyciela z mocy ustawy (cessio legis), a więc art. 518 § 1 pkt 1 k.c. nie znajduje zastosowania do gwaranta, ani wprost, ani w drodze analogii do sytuacji poręczyciela (por. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 24 kwietnia 2015 r. II CSK 647/14 i z dnia 17 marca 2016 r. V CSK 446/15). W konsekwencji nie było podstaw do uznania subrogacji ustawowej cessio legis. Źródłem zobowiązania powoda do zapłaty kwoty gwarancji było jego jednostronne zobowiązanie wobec zamawiającego, zawarte w treści gwarancji. Jest to samodzielna podstawa prawna i niezależna od stosunku podstawowego. Powód dokonał zapłaty za własny dług wobec zamawiającego, a nie za dług cudzy, w szczególności dług pozwanych. Na marginesie tylko Sąd Okręgowy podniósł, że zaprezentowana wyżej argumentacja wykluczyła uznanie, iż pozwani byli zobowiązani do zapłaty wierzytelności usługodawców i dostawców P., jak również, ażeby byli zobowiązani do zapłaty wobec zamawiającego w związku z zaspokojeniem przez zamawiającego przedsiębiorców w trybie ustawy o spłacie. Nie można zatem przyjąć, że powód spłacając zamawiającego nabył wierzytelność wobec pozwanych.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego, wobec braku podstaw do przypisania pozwany odpowiedzialności za dochodzone pozwem roszczenia, powództwo oddalono w całości. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. zasądzając od powoda jako strony przegrywającej na rzecz każdego z pozwanych kwoty po 7 217 zł, w tym 7 200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika wg stawki minimalnej określonej w § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 r. poz. 490 oraz z 2015 r. poz. 617 i 1078) i 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia złożył powód oraz interwenient uboczny. Powód zaskarżając wyrok w całości zarzucił:

I. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu I instancji z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, polegającą na błędnym ustaleniu, że przedmiot umowy cesji wierzytelności, zawartej w dniu 6 marca 2014 roku pomiędzy Skarbem Państwa (...) a T. E. H. (dalej także: „umowa cesji”), nie istniał wobec zaspokojenia roszczenia o zwrot środków wypłaconych usługodawcom spółki (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w T., przysługującego (...) wobec wykonawcy, podczas gdy żaden przepis prawa, ani element stanu faktycznego nie wskazuje na taką zależność, a wręcz przeciwnie, przedmiot roszczenia (...) wobec stron umowy konsorcjum z dnia 18 sierpnia 2011 roku nie przestał istnieć na skutek przelewu przez T. E. H. na rzecz (...) z gwarancji należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek z dnia 26 września 2011 roku, numer (...) - (...), gdyż wierzytelność (...) wobec T. E. H. z Gwarancji i wierzytelność (...) wobec wykonawców z tytułu środków wypłaconych usługodawcom spółki (...) to niezależne od siebie wierzytelności posiadające odrębną, samodzielną i niezależną genezę i podstawę prawną powstania,

II. naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj.:

a) przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez wadliwe sporządzenie przez Sąd I instancji uzasadnienia wyroku w ten sposób, iż w jego treści nie znajdują się jakiegokolwiek wyjaśnienia Sądu Okręgowego w zakresie tego, czy (...) dokonała zaspokojenia usługodawców spółki (...) w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa (ustawy o spłacie), podczas gdy wyjaśnienia w tym zakresie mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, zaś strona pozwana podnosiła zarzuty co do wysokości roszczenia, kwestionując zasadność części wypłat dokonanych przez (...) na rzecz przedsiębiorców,

b) przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób nieszczęsny i sprzeczny z zasadami doświadczenia

życiowego i logicznego rozumowania, w szczególności poprzez pominięcie w poczynionych przez Sąd I instancji ustaleniach zapisów umowy łączącej Konsorcjum z (...), co doprowadziło Sąd Okręgowy do błędnego ustalenia, że wszyscy członkowie Konsorcjum nie ponoszą odpowiedzialności solidarnej za zobowiązanie powstałe w oparciu o przepisy ustawy o spłacie, albowiem nie wynika to ani z treści umowy zawartej przez Konsorcjum z (...), ani z treści umowy konsorcjum, podczas gdy taka odpowiedzialność solidarna występuje, co wynika w szczególności z zapisów wzorca umownego (...), który to dokument stanowi integralną część zawartej w dniu 27 września 2011 roku pomiędzy (...) a Konsorcjum umowy nr (...);

### III. naruszenie przepisów prawa materialnego polegające na:

1. naruszeniu przepisu art. 509 § 1 k.c. poprzez nieuprawnione niezastosowanie go w niniejszej sprawie, podczas gdy treść umowy cesji oraz okoliczności niniejszej sprawy prowadzą do konkluzji, że (...) w drodze umowy cesji - ważnie i skutecznie (wobec braku przesłanek prawnych wykluczających taką cesję) przeniosła na T. E. H. roszczenia regresowe przysługujące jej wobec wszystkich członków Konsorcjum na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 roku o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych,
2. naruszeniu przepisu art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie poprzez jej niewłaściwą interpretację, polegającą na błędnym uznaniu, że w sytuacji gdy jako wykonawca występuje kilka podmiotów działających w ramach umowy konsorcjum lub umowy podobnej, podmioty te nie ponoszą odpowiedzialności solidarnej, podczas gdy analiza art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie w połączeniu z analizą przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w razie, gdy jako wykonawca występuje kilka podmiotów w ramach umowy konsorcjum lub umowy podobnej, wszystkie te podmioty ponoszą odpowiedzialność solidarną na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie,
3. naruszeniu przepisu art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez ich nieuprawnione zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji, że członkowie Konsorcjum nie zawarli umowy spółki cywilnej ze skutkiem w postaci odpowiedzialności solidarnej wspólników za zobowiązania spółki, podczas gdy umowa konsorcjum stanowi taką umowę i zawiera wprost zapis o odpowiedzialności solidarnej jej wszystkich członków,
4. naruszeniu przepisu art. 864 k.c. w zw. z art. 860 § 1 k.c. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania go do umowy konsorcjum, podczas gdy treść umowy konsorcjum zawiera wszystkie postanowienia istotnie właściwe dla umowy spółki cywilnej, co przesądza o konieczności uznania jej za umowę spółki cywilnej i w konsekwencji uznania, że wszyscy pozwani ponoszą wraz z P. solidarną odpowiedzialność za zobowiązania całego konsorcjum, w tym za zobowiązania zaciągnięte przez P. wobec jego dostawców i usługodawców z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia,
5. naruszeniu przepisu art. 745 k.c. poprzez jego nieuprawnione niezastosowanie, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w aktach niniejszej sprawy jednoznacznie wskazuje na to, iż - odnośnie gwarancji - jej zleceniodawcą byli wszyscy członkowie konsorcjum, zaś spółka (...) wyłącznie działała w tym zakresie w imieniu i na rzecz wszystkich konsorcjantów, z tego też względu - wobec T. E. H. z tytułu wypłaty z gwarancji, rodzącej odpowiedzialność regresową powoda wobec jej zleceniodawcy - odpowiedzialni są solidarnie wszyscy członkowie konsorcjum,
6. naruszeniu przepisów art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez ich nieuprawnione zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że nie zostało udzielone przez wszystkich członków konsorcjum pełnomocnictwo dla spółki (...) do zlecenia wystawienia gwarancji, podczas gdy pełnomocnictwo takie wynika wprost z literalnej treści § 6 ust. 1 umowy konsorcjum,
7. naruszeniu przepisu art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione jego niezastosowanie, w sytuacji gdy zaniechanie zapłaty wynagrodzenia przez jednego wykonawcę na rzecz podwykonawcy stanowi nienależyte wykonanie umowy w rozumieniu art. 141 ustawy, co skutkuje odpowiedzialnością solidarną z tego tytułu wszystkich członków konsorcjum (wykonawców);

8. naruszeniu przepisu art. 3 ustawy o spłacie w zw. z przepisem art. 3 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przepis art. 3 ustawy o spłacie nie kreuje odpowiedzialności za zobowiązania, za które w dacie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nie ponosili odpowiedzialności, podczas gdy ustawa o spłacie ma całkowicie retroaktywny charakter, w związku z czym działa również wstecz w zakresie odpowiedzialności za zobowiązania, zaś zasada *lex retro non agit*, o której mowa w art. 3 k.c. ma charakter względny i wyłączona jest zapisami ustawy o spłacie,

9. naruszeniu przepisu art. 147 § 1 i 2 ustawy p.z.p. poprzez błędne zastosowanie tego przepisu polegające na niewłaściwym uznaniu, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, z uwagi na fakt, że zostało udzielone przed wejściem w życie ustawy o spłacie, nie zabezpiecza roszczeń (...) wobec członków konsorcjum z tytułu ustawy o spłacie.

W związku z powyższym powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia i odmienne orzeczenie co do istoty sprawy przez zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz T. E. H. kwoty 6.510.616,74 PLN (sześć milionów pięćset dziewięć tysięcy sześćset szesnaście i 74/100 złotych) wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty,

2. zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz T. E. H. kwoty 1.345.919,84 PLN (słownie: jeden milion trzysta czterdzieści pięć tysięcy dziewięćset dziewięćnaście i 84/100 złotych) tytułem odsetek ustawowych, liczonych:

od kwoty 5 766 371,00 PLN za okres od dnia 17 grudnia 2012 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 280 773,28 PLN za okres od dnia 24 kwietnia 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 256 640,69 PLN za okres od dnia 15 maja 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 98 165,68 PLN za okres od dnia 22 maja 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 88 978,33 PLN za okres od dnia 3 czerwca 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 3 710,14 PLN za okres od dnia 7 czerwca 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 4 700,60 PLN za okres od dnia 2 lipca 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

od kwoty 11 277,02 PLN za okres od dnia 1 sierpnia 2013 roku do dnia wniesienia pozwu,

wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty,

3. zasądzenia solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz T. E. H. zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika według norm prawem przepisanych, a także,

4. zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz T. E. H. zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym, w tym kosztów zastępstwa procesowego profesjonalnego pełnomocnika według norm przepisanych,

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia odnośnie kosztów postępowania sądowego za obie instancje.

Odpowiedź na powyższą apelację złożyli pozwani (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. wnosząc o oddalenie apelacji w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za II instancję według norm przepisanych.

W złożonej przez interwenienta ubocznego apelacji skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, tj.

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania poprzez pominięcie w poczynionych przez Sąd ustaleniach treści subklauzuli 1.14, 4.1 oraz 4.4 obowiązujących w ramach SIWZ Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999, co doprowadziło Sąd do błędnego uznania, że za zobowiązania wynikłe na tle ustawy z dnia z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych pozwani nie odpowiadają solidarnie wobec (...), podczas gdy taka odpowiedzialność występuje,

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania poprzez pominięcie w poczynionych przez Sąd ustaleniach treści § 4 ust. 2 umowy konsorcjum, co doprowadziło Sąd do błędnego uznania, że pozwani nie odpowiadają solidarnie wobec powoda, za dokonanie przez niego wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz beneficjenta gwarancji (Skarbu Państwa), podczas gdy taka odpowiedzialność występuje,

3. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania poprzez ustalenie, iż dokonanie zapłaty na rzecz przedsiębiorców, świadczących dostawy i usługi związane z realizacją zamówienia publicznego, nie jest przesłanką, która musi zostać koniecznie spełniona, by można było uznać umowę na wykonanie tegoż zamówienia za należycie wykonaną, podczas gdy w rzeczywistości należyte wykonanie takiej umowy nie następuje, gdy wspomniane należności względem usługodawców nie są przez wykonawcę uregulowane;

II. naruszenie prawa materialnego, tj.

1. art. 369 k.c. w zw. z art. 2 pkt 11, art. 23 ust 1 oraz art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 pkt 2 oraz art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie w zw. z art. 3 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że nie istnieje ustawowa podstawa prawna dla solidarnego roszczenia przysługującego (...) w stosunku do pozwanych konsorcjantów o zwrot wypłaconych środków na rzecz usługodawców w trybie określonym w ustawie o spłacie, z uwagi na brak we wskazanych przepisach podstawy dla przyjęcia istnienia odpowiedzialności solidarnej pozwanych i P., podczas gdy podstawa ta istnieje, a w związku z tym wszystkie te podmioty (konsorcjanci) odpowiadają solidarnie względem (...),

2. art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w realiach niniejszej sprawy z umowy wiążącej (...) i konsorcjum, a także z samej umowy konsorcjum nie wynika solidarna odpowiedzialność pozwanych wobec Skarbu Państwa za zobowiązania wynikłe na tle ustawy o spłacie, podczas gdy w rzeczywistości z postanowień umownych taka odpowiedzialność wynika,

3. art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w realiach niniejszej sprawy z umowy konsorcjum nie wynika odpowiedzialność regresowa pozwanych wobec powoda, podczas gdy w rzeczywistości z postanowień umownych, a w szczególności § 4 ust. 2 umowy konsorcjum, taka odpowiedzialność wynika,

4. art. 147 § 1 i § 2 Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie obejmowało roszczeń dotyczących zwrotu przez pozwanych na rzecz zamawiającego środków, które ten na podstawie ustawy o spłacie wydał na zaspokojenie roszczeń usługodawców i dostawców wykonawcy,

5. art. 509 § 1 k.c. poprzez uznanie, że w realiach niniejszej sprawy na skutek dokonania zapłaty przez Towarzystwo (...) S.A. na rzecz (...) przestała istnieć wierzytelność interwenienta ubocznego wobec pozwanych, a w związku z tym cesja rzeczonych wierzytelności na rzecz powoda była bezskuteczna, podczas gdy w rzeczywistości przedmiot roszczenia (...) wobec pozwanych nie przestał istnieć na skutek przelewu przez powoda na rzecz (...) środków z gwarancji, gdyż



rzeczony stosunki prawne, tj. stosunek łączący interwenienta ubocznego z pozwanymi i stosunek łączący powoda z interwenientem ubocznym, są odrębne, w związku z czym wypełnienie przez powoda swoich obowiązków jako gwaranta nie wpływa w żaden sposób na obowiązek wypełnienia przez pozwanych obowiązku należytego wykonania umowy względem zamawiającego ( (...)), a co za tym idzie istnienia ich zobowiązania wobec Skarbu Państwa,

6. art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że z treści umowy konsorcjum nie wynika, aby pozwani udzielili P. pełnomocnictwa do zlecenia powodowi wystawienia gwarancji, podczas gdy takie pełnomocnictwo wynika z treści § 6 ust. 1 umowy konsorcjum,

7. art. 745 k.c. poprzez uznanie, że wyłącznym zleceniodawcą gwarancji był P. działający we własnym imieniu, podczas gdy w rzeczywistości działał on w imieniu konsorcjum, w związku z czym należy uznać, że zleceniodawcami gwarancji byli wszyscy konsorcjanci,

8. art. 864 k.c. w zw. z art. 860 § 1 k.c. poprzez uznanie, że w realiach niniejszej sprawy nie ma podstaw do uznania, że w niniejszej sprawie umowa konsorcjum zawarta pomiędzy pozwanymi oraz P. stanowiła jednocześnie umowę spółki cywilnej, za której zobowiązania dłużnicy odpowiadają solidarnie, podczas gdy w rzeczywistości należy przyjąć, że rzeczony podmioty zawarły umowę konsorcjum stanowiącą również umowę spółki cywilnej z wszystkimi tego konsekwencjami, w tym także odpowiedzialnością solidarną za jej zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, interwenient uboczny wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości,
2. zasądzenie od pozwanych na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania przed Sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem I instancji na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej,
3. zasądzenie od pozwanych na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania w postępowaniu apelacyjnym, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Odpowiedź na apelację interwenienta ubocznego złożyli pozwani oraz powód. Powód wskazał, że przyłącza się do całokształtu zarzutów i twierdzeń zawartych w apelacji interwenienta, w tym w szczególności do wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku. Pozwani natomiast wnieśli o oddalenie apelacji w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję według norm przepisanych.

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

Apelacje nie zasługują na uwzględnienie.

Obie apelacje koncentrują się na kilku zasadniczych dla niniejszej sprawy zagadnieniach mających źródło w wykładni i rozumieniu (i) art. 745 k.c. dla przyjęcia, kto był zleceniodawcą umowy gwarancji, (ii) art. 864 k.c. w związku z art. 860 k.c. w określeniu, czy konsorcjum stanowiło umowę spółki cywilnej, ( (...)) art. 509 k.c. jako weryfikującego przedmiot cesji oraz wreszcie (iv) art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie i (v) art. 141 p.z.p. stanowiących kreację solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum. Temat sporych ocen jest rozwinięty w poszczególnych zarzutach obu apelacji i dlatego, że zasadniczo są one wspólne, Sąd Apelacyjny analizuje dalej zarzuty prawa materialnego bez odwoływania się do adresata apelacji. Jedynie omówienie naruszenia prawa procesowego nawiązuje do konkretnej apelacji.

Apelujący T. E. H. twierdzi, że wbrew ustaleniom dokonany przez Sąd I instancji wierzytelność objęta umową przelewu istniała w dniu 6 marca 2014 roku i nie wygasła na skutek wypłaty przez T. E. H. należności z gwarancji zaspokajając (...) na podstawie gwarancji. Podstawą takiego twierdzenia powoda jest stanowisko, że: (i) wierzytelność

(...) do T. E. H. z tytułu gwarancji i (ii) wierzytelność będąca przedmiotem umowy cesji, to wierzytelności posiadające odrębną, samodzielną i niezależną genezę i podstawę prawną powstania (jedna z nich ma swoje źródło w stosunku obligacyjnym, druga w obowiązującym przepisie prawa). Wierzytelność (...) wobec T. E. H. ma swoją podstawę prawną w zawartej pomiędzy ww. podmiotami umowie gwarancji ubezpieczeniowej. Powód dokonując zapłaty na rzecz (...) płacił własny dług wobec beneficjenta wynikający z zawartej pomiędzy ww. podmiotami umowy gwarancji ubezpieczeniowej (innymi słowy, zaspokajał wierzytelność (...) przysługującą mu wobec T. E. H. z tytułu gwarancji). Z kolei wierzytelność (...) wobec członków konsorcjum to wierzytelność, której podstawą prawną nie jest stosunek obligacyjny, a konkretny przepis obowiązującego prawa, art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie.

Odpowiedzią na postawiony zarzut sprzecznych ustaleń z materiałem dowodowym jest potrzeba analizy stosunków prawnych, z których wywodzone są wierzytelności. Dla tej oceny jeszcze raz należy przypomnieć relacje zachodzące pomiędzy występującymi podmiotami.

Nie ma różnicy stanowisk co do tego, że (...) miała wierzytelność względem (...) S.A. wynikającą z umowy gwarancji. Umowa gwarancji (...) - (...) gwarantowała zapłatę beneficjentowi (tu (...)) przez gwaranta (tu (...) S.A.) określonych kwot z tytułu niewykonania lub nienależnego wykonania kontraktu oraz nie usunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i/lub usterek przez konsorcjum firm (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., H.+ (...) Budowlana sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.), (...) S.A. (nazwanych w umowie gwarancji zobowiązanym).

Umowa gwarancji była spełnieniem warunku zamówienia publicznego o wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 16 Instrukcji dla Wykonawców) i przewidzianą w umowie nr (...) formą zabezpieczenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu (subklauzula 4.2 Szczególne Warunki Kontraktu). Do złożenia zabezpieczenia, a szerzej jakiegokolwiek formy zabezpieczenia wykonania kontraktu przez każdego z członków konsorcjum, nawoływał §6 ust. 1 umowy konsorcjum nr 1 łączącej firmy (...) sp. z o.o., Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o., H.+ (...) Budowlana sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o.), (...) S.A.

Umowa nr (...) pomiędzy zamawiającym, (...) a konsorcjum firm (i) (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., (ii) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., ( (...) ) H.+ (...) Budowlana sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.) i (iv) (...) S.A. jako wykonawca stanowi tzw. stosunek podstawowy, którego prawidłowe wykonanie zabezpieczała umowa gwarancji. W umowie nr (...) przewidziano, że zabezpieczenie w formie gwarancji służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu (subklauzula 4.2). Regulacja zakresu odpowiedzialności wykonawcy odpowiadała normie z art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych stanowiącej, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (wskazani w art. 23 ust. 1) ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w P., Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., H.+ (...) Budowlana sp. z o.o. (obecnie (...) sp. z o.o. z siedzibą we W.) i (...) S.A. łączyła umowa konsorcjum nr 1. W §6 ust. 1 umowy strony przewidywały, że zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu, jeśli tylko będzie to możliwe, złoży w imieniu konsorcjum każda ze stron w części odpowiadającej jej udziałowi w konsorcjum. Udziały wynikały z §2 umowy. Omawiana powyżej umowa gwarancji jest wykonaniem zapisu §6 ust. 1 umowy konsorcjum przez partnera konsorcjum, obecnie upadłego (...) S.A. Jego udział według umowy wynosił 28,95% i do takiej wartości procentowej kontraktu przeliczonej na konkretną kwotę została udzielona gwarancja Nr (...) - (...).

(...) S.A. wykonał postanowienie umowy konsorcjum korzystając z łączącej go z Towarzystwem (...) S.A. umowy o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego nr (...) i na podstawie aneksu nr (...) towarzystwo ubezpieczeniowe zobowiązało się wydać na wniosek (...) S.A. gwarancje należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek. (...) S.A. jest zlecającym (...) S.A. udzielenie gwarancji Nr (...) - (...).

Charakterystyczny układ stosunków związany z udzieleniem gwarancji pozwala na wyodrębnienie trzech płaszczyzn relacji: (i) umowa zlecenia między zlecającym udzielenie gwarancji (tu (...) S.A.) a towarzystwem ubezpieczeniowym (tu (...) S.A.), (ii) umowa gwarancji, gdzie towarzystwo ubezpieczeniowe jednostronnie zobowiązuje się wobec

beneficjenta gwarancji (tu (...)), że spełni na jego rzecz świadczenie pieniężne z tytułu niewykonania lub nienależnego wykonania kontraktu przez zobowiązanego /konsorcjum firm/ oraz nie usunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad i/ lub usterek, ( (...)) umowa nr (...) jako tzw. stosunek podstawowy, w związku z którym została wystawiona gwarancja i na podstawie której (...) jako beneficjent gwarancji był uprawniony do żądania realizacji gwarancji w oparciu o jej postanowienia. Zauważalny problem wiąże się z położeniem członka konsorcjum (...) S.A. jako tego, który zleca udzielenie gwarancji wykonując §6 ust. 1 umowy konsorcjum zabezpieczając umowę podstawową, gdzie z działaniem konsorcjum może być uruchomiona gwarancja. W tym przejawia się również rozbieżność ocen stron, czy zlecającym był członek konsorcjum, czy jednak zlecającym było konsorcjum.

Przedmiotem umowy przelewu wierzytelności z dnia 6 marca 2014 roku była, wobec wyraźnego przepisu §3 tejeż umowy, wierzytelność w łącznej kwocie 6 510 616,74 zł. To z §2 umowy przelewu wynika źródło powstania tej wierzytelności, a jest nią w istocie roszczenie do wykonawcy o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy o spłacie. Z tytułu dokonania płatności na rzecz przedsiębiorców, będących wierzycielami wykonawcy, w trybie ustawy o spłacie (...) przysługiwała według umowy przelewu cedowana wierzytelność.

Sąd Apelacyjny podziela co do zasady ocenę, że wierzytelność z tytułu gwarancji oraz wierzytelności z ustawy o spłacie, to dwie różne wierzytelności. O istnieniu przedmiotu cesji decyduje wierzytelność z ustawy o spłacie i tylko, gdy (...) przysługuje wierzytelność z ustawy o spłacie wobec konsorcjum, taka wierzytelność mogła zostać scedowana na (...) S.A. Zasadniczo istnienie wierzytelności przewiduje art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie (dosłownie roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy), ale czy wobec wykonawcy jako konsorcjum, czy wykonawcy jako członka konsorcjum (którego dług jest spłacany), stanowiło kolejną oś sporu.

Zarzut sprzecznych ustaleń z materiałem dowodowym zmierza w istocie do oceny istnienia wierzytelności, a ta ocena sięga do przepisów prawa materialnego. W ocenie Sądu Apelacyjnego kwestia istnienia wierzytelności cedowanej nie była związana z wadliwymi ustaleniami, a jedynie mogła być związana z naruszeniem prawa materialnego, stąd zarzut w powyższym zakresie nie mógł zostać uznany za trafny. Nie tyle sprawa ustaleń, co subsumpcja faktów w kontekście prawa materialnego decyduje o przedmiocie cesji.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 328 §2 k.p.c. w sytuacji, gdy zaskarżony wyrok, w zakresie objętym tym zarzutem, co do zasady odmawia powodowi prawa dochodzenia roszczenia przeciwko pozwanym. Zbędne jest analizowanie wysokości roszczenia o zwrot wypłaconych środków na podstawie ustawy o spłacie, gdy powód nie nabył wierzytelności co do zasady. Zgodna z przepisami ustawy o spłacie procedura przeprowadzona przez (...) stanowi podstawę nabycia roszczenia o zwrot środków wypłaconych, niemniej jednak dla niniejszej sprawy zasadnicze znaczenie miała odpowiedzialność konsorcjum za środki wypłacone, a nie wysokość wypłaconych środków. Ustalenie/weryfikacja przedmiotu cesji stanowi kolejny etap oceny co do wysokości przysługującej wierzytelności, ale wierzytelności przysługującej co do zasady. Podnoszona przez skarżącego w ramach uzasadnienia tego zarzutu kwestia braku ustaleń co do spełnienia warunków wypłaty nie mieści się w materii unormowania art. 328 §2 k.p.c. Do tego jawi się wewnętrzna sprzeczność stanowiska apelującego, gdy z jednej strony dochodzi roszczenia w oparciu o art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie, a z drugiej domaga się sprawdzenia jego wysokości. Twierdząc, że procedura przeprowadzona przez (...) w oparciu o przepisy ustawy o spłacie została przeprowadzona rzetelnie i w sposób zgodny z prawem, a jednocześnie domagając się weryfikacji prawidłowości wypłat środków na podstawie analizowanej ustawy, dodaje argument przeciwko istnieniu wierzytelności w wysokości będącej przedmiotem przelewu. Umowa przelewu miała dotyczyć wierzytelności istniejących, a nie wątpliwych co do wysokości.

Zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w apelacji powoda i w apelacji interwenienta ubocznego sprowadza się do podważenia poglądu Sądu pierwszej instancji o braku solidarnej odpowiedzialności konsorcjum (wszystkich jego członków). Obie apelacje taką solidarną odpowiedzialność widzą w zapisach wzorca umownego (...), który to dokument stanowi integralną część zawartej w dniu 27 września 2011 roku pomiędzy (...) a konsorcjum firm umowy nr (...). Konkretnie, treść subklauzuli 1.14, 4.1 i 4.4 (...) ma przewidywać solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum wobec zamawiającego. Apelujący interwenient uboczny zwracał dodatkowo uwagę na treść §4 ust. 2 umowy konsorcjum mającej przesądzać o solidarnej odpowiedzialności wszystkich członków konsorcjum.

Konsorcjum firm jako wykonawca i strona umowy z (...) zobowiązało się do realizacji kontraktu I/512/ZR-R-4/2011 polegającego na kontynuacji budowy autostrady (...) na odcinku B.-W. w km od 479+000 do km 499+800. Wykonawca według pkt 4 umowy zobowiązał się do wykonania, zakończenia robót i usunięcia ewentualnych wad. Zamawiający, (...) zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wykonanie robót. Częścią kontraktu oprócz umowy (...) była dokumentacja w postaci (i) szczególnych warunków kontraktu, (ii) "Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego" wydanie angielsko-polskie 2000, tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999, (...) oferta wykonawcy z 19.08.2011 z załącznikami, (iv) instrukcja dla wykonawców tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), (v) dokumentacja projektowa, (vi) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, (vii) pełnomocnictwo do podpisania umowy. Nie jest elementem kontraktu umowa konsorcjum. Ta umowa w §4 ust. 1 przewidywała odpowiedzialność solidarną wobec zamawiającego zgodnie z postanowieniami umowy z zamawiającym. Zaś wobec siebie stosownie do ust. 2, każdy z partnerów konsorcjum miał odpowiadać za swój zakres.

Instrukcja dla wykonawców (SIWZ) jako przedmiot zamówienia wskazywała wykonanie robót budowlanych polegających na kontynuacji budowy autostrady odcinka A-4 na odcinku B.-W. od km 479+ 000 do km 499 +800 (k. 62). Dodano co w szczególności obejmuje zakres robót budowlanych, precyzując, że chodzi o kontynuacje odcinków dróg. Przedmiot zamówienia doprecyzowany w SIWZ umożliwił wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców.

"Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego" tzw. (...) przewidywały jako ogólne zobowiązanie wykonawcy w myśl subklauzuli 4.1. dostarczenie urządzeń (...) dóbr, środków zużywalnych i innych rzeczy i usług, czy to czasowych czy stałych koniecznych do zaprojektowania, realizacji, ukończenia i usunięcia wad. Wspomniane warunki (...) definiowały:

(i) rozumienie dóbr jako obejmujące sprzęt wykonawcy, materiały, urządzenia i roboty tymczasowe w subklauzuli 1.1.5.2,

(ii) materiały jako rzeczy (inne urządzenia) mające stanowić lub stanowiące część robót stałych, które mają być dostarczone przez wykonawcę według kontraktu w subklauzuli 1.1.5.3,

( (...)) roboty stałe to roboty mające być zrealizowane przez wykonawcę według kontraktu w subklauzuli 1.1.5.4.

S. 1.14 (...) po zmianie (k. 80) przewidywała, że wykonawcą może być konsorcjum i inne nie mające osobowości prawnej ugrupowanie dwóch i więcej osób. Dla takiej konfiguracji zastrzeżona została solidarna odpowiedzialność za wykonanie kontraktu.

S. 4.4 (...) regulowała kwestie związane z udziałem podwykonawców w realizacji umowy oraz obowiązków zamawiającego w związku z brakiem zapłaty podwykonawcom. Tylko umowy zawierane z podwykonawcami miały być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum (po zmianie k. 3677). S. nie zawierała zasad co do sposobu zawierania umów z innymi podmiotami.

Solidarna odpowiedzialność wykonawcy jako konsorcjum firm będących stroną umowy z zamawiającym (...) jest ograniczona zapisami umowy (...) i art. 141 p.z.p. Ta odpowiedzialność jest przewidziana za wykonanie robót, co odpowiada treści art. 141 p.z.p. Zgodnie z umową (...) przedmiotem kontraktu było kontynuowanie budowy autostrady (...) na odcinku B.-W. od km 479+ 000 do km 499 +800. W ramach robót wykonawca (konsorcjum) miał dostarczyć materiały, urządzenia dla potrzeb realizowanych robót. Sam obowiązek dostarczenia dóbr był zobowiązaniem wykonawcy, a nie zamawiającego. Umowa (...) nie regulowała co stanie się w przypadku braku płatności za dostarczone dobra i dlatego rozwiązanie problemu dostawców/usługodawców było podłożem ustawy o spłacie. Umowa (...) tylko dla umów z podwykonawcami określała jak winna być ukształtowana strona zamawiająca (w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum), a nie było analogicznej regulacji dla umów z dostawcami i usługodawcami. Rozumienie zakresu podmiotowego podwykonawców z kontraktu z (...) odzwierciedliło się w zapisach umowy

konsorcjum dla jego wewnętrznych stosunków (§3 ust. 7), gdzie konsorcjum firm dla umów z podwykonawcami (nie włączając do nich poddostawców) nawiązało do subklauzuli 4.4. W §3 ust. 3 pkt e) umowy, konsorcjum dało wyraz rozdzielenia kategorii podwykonawców i poddostawców. Z kolei §4 ust. 2 stanowi, że podwykonawcy mogli realizować łącznie roboty i dostawy, a nie tylko dostawy. Ani kontrakt I/512/ZR-R-4/2011, ani umowa konsorcjum nie przyjmuje dostawców i usługodawców za podwykonawców. Sąd Apelacyjny nie podziela interpretacji kręgu podmiotowego podwykonawców w sposób wskazywany w apelacjach. Gdyby dostawcy i usługodawcy wchodzili do grona podwykonawców, za których brak zapłaty wynagrodzenia odpowiadało konsorcjum (a przez art. 647<sup>1</sup> k.c. (...)), nie byłoby podstaw do stworzenia odrębnej regulacji ustawy o spłacie na potrzeby ich ochrony. Przedmiotem kontraktu I/512/ZR-R-4/2011 nie była płatność na rzecz dostawców i usługodawców, tylko wykonanie robót, ich zakończenie i usunięcie ewentualnych wad.

Sąd Apelacyjny wbrew zgłoszonemu przez apelujących zarzutowi nie znalazł podstaw do ustalenia innego stanu faktycznego niż Sąd pierwszej instancji.

Co do zarzutu naruszenia art. 509 §1 k.c. zdaniem Sądu Apelacyjnego potrzebne jest nawiązanie do podstawowych definicji prawa cywilnego. Uprawnienia przybierają najczęściej charakter roszczeń, których pochodną są obowiązki jakiegoś zachowania indywidualnie oznaczonego podmiotu. Klasycznym przykładem roszczeń są wierzytelności wynikające ze stosunków zobowiązaniowych. Wierzytelność to prawo majątkowe wierzyciela dające uprawnienie do żądania od drugiej osoby (dłużnika) świadczenia. Treść świadczenia w określonym stosunku zobowiązaniowym, a więc jakiego zachowania może żądać wierzyciel, zależy od treści danego stosunku zobowiązaniowego. Wierzytelność jest nieodłącznie związana z długiem, inaczej powinnością spełnienia świadczenia przez dłużnika. Spełnienie świadczenia jest głównym obowiązkiem dłużnika i zmierza do zaspokojenia interesu wierzyciela.

O ile roszczenie jest podstawową kategorią całego prawa cywilnego, o tyle wierzytelność jest kategorią pojęciową prawa zobowiązań. Utrzymując zaznaczoną na wstępie różnicę, wierzytelnością jest prawo wynikające ze stosunku zobowiązaniowego, tymczasem nie tyle wierzytelność, co roszczenie wywodzone z ustawy jest przedmiotem przelewu. Nie jest scedowana wierzytelność ze stosunku podstawowego za nienależyte wykonanie kontraktu, którego niewykonanie w art. 141 p.z.p. i w samej umowie przyjmuje solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum, tylko cedowane jest roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy o spłatach. Nie inaczej należy odczytać §3 umowy przelewu “z tytułu dokonania płatności w trybie ustawy o spłacie na rzecz przedsiębiorców”, bowiem ustawa daje (...) tylko roszczenia z art. 11 ust. 1 i 2. Jest to o tyle zrozumiałe, że na linii zamawiający, (...) i wykonawca, konsorcjum firm nie istniało zobowiązanie wykonawcy do uregulowania należności na rzecz usługodawców/dostawców, czyli tych podmiotów, które nie kwalifikowały się do podmiotowego zastosowania art. 647<sup>1</sup> k.c. Tło problemu polega na tym, że usługodawcy/dostawcy wykonawcy (tu członkowie konsorcjum) nie mogli dochodzić zapłaty w ramach solidarnej odpowiedzialności z art. 647<sup>1</sup> k.c. przy spełnieniu wymaganych przepisem warunków od podmiotów z wyższej linii umów. Taki wniosek wynika wprost z art. 1 ust. 2 ustawy o spłatach. Inaczej niż podwykonawcy, co do których ma zastosowanie art. 647<sup>1</sup> k.c. a oprócz tego wykonawca/konsorcjum firm przyjmował za nich wyraźnie odpowiedzialność w kontrakcie (subklauzula 4.4 ze zmianą).

Jaki jest charakter roszczenia i jaka jest pozycja (...) po spłacie, odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna. Co do roszczenia odnotować należy poglądy, że roszczenie to może być kwalifikowane jako (i) roszczenie regresowe występujące pomiędzy dłużnikami zobowiązanymi in solidum albo jako (ii) szczególny rodzaj ustawowego roszczenia regresowego, podobnego do roszczenia przysługującego ubezpieczycielowi na podstawie art. 828 k.c. albo jako (...) roszczenie o zapłatę nabyte przez Skarb Państwa – (...) od przedsiębiorcy poprzez wstąpienie w miejsce zaspokojonego wierzyciela w sposób podobny do uregulowanego w art. 518 k.c. (tak P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, Spłata niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 11, LEX 2012). P. D. opowiada się za szczególnym regresem wprowadzonym ustawą, a nie konstrukcją art. 518 k.c. z uwagi na przyjęty zakres zaspokajanych roszczeń podwykonawców (“dochodzenie przez (...) zwrotu wypłaconych kwot od generalnego wykonawcy na podstawie subrogacji legalnej /cessio legis, art. 518 k.c./ byłoby niedopuszczalne”). Rola (...), a w zasadzie Skarbu Państwa

polega na spłacie na podstawie ustawy cudzego długu (por. P. Drapała "Ustawa o spłacie przez Skarb Państwa roszczeń podwykonawców w sektorze budowlanym", PPH 2013, nr 7).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 18 czerwca 2013 roku Trybunał Konstytucyjny (K 37/12) wskazał, że Skarb Państwa został zobligowany ustawowo do spełnienia świadczenia pieniężnego zamiast osoby trzeciej, a więc spłaty cudzego długu w celu realizacji interesu publicznego. Wyrażone stanowisko opowiada się za swoistym przejęciem długu przez (...) działającego jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Do tego poglądu nawiązał Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 lutego 2014 r., (...) 4/13 przyjmując, że celem regulacji jest przejęcie długu przez (...), działającego jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Dalej Sąd przyjął, że zawarta w przepisach kodeksu cywilnego regulacja dotycząca przejęcia długu, o której mowa w art. 519 i następne kodeksu cywilnego, różni się od uregulowanej w ustawie o spłacie konstrukcji przejęcia długu przez (...). Rozwiązania przyjęte w ustawie o spłacie należności stanowią samodzielną regulację w tym zakresie zmierzającą do zaspokojenia wierzytelności przedsiębiorcy powstałej w wyniku niewykonania przez wykonawcę zobowiązania umownego.

Sąd Apelacyjny przyjmuje, że konstrukcja ustawy o spłacie przewiduje roszczenie regresowe (art. 11 ust. 1) przysługujące (...) wobec wykonawcy o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy. Roszczenie regresowe powstaje wskutek spłaty długu wykonawcy wobec przedsiębiorcy, czego skutkiem jest wygaśnięcie wierzytelności przedsiębiorcy w spłaconej wysokości. Ustawa ogranicza krąg przedsiębiorców uprawnionych do zapłaty przez (...), stanowiąc, że roszczenie o spłatę przysługuje przedsiębiorcy zdefiniowanemu w art. 4 pkt 1, jeśli dokonał stosownego zgłoszenia (art. 5 ust. 1) należności przysługujących mu od wykonawcy (w rozumieniu art. 4 pkt 2), który to wykonawca stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 zalega z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze. Ustawa o spłacie daje podstawę prawną do uregulowania należności przedsiębiorców podmiotowi trzeciemu (...), który nie zawierał umowy ze spłacanym przedsiębiorcą.

Spłacanym długiem jest dług wykonawcy i właśnie zwrot tego długu w ramach regresu reguluje art. 11 ust. 1 ustawy. Odpowiedź, czy istniał przedmiot cesji tkwi zdaniem Sądu Apelacyjnego w rozumieniu wykonawcy z ustawy o spłacie. Zasadniczym pytaniem jest, czy wykonawca, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie jest wykonawcą, z którym zaspokajany przedsiębiorca miał zawartą umowę, czy wykonawcą jest ten, z kim (...) miał zawartą umowę w sprawie zamówienia publicznego, czyli konsorcjum.

Wątpliwość wynika z brzmienia przepisów ustawy o spłacie, i tak (i) art. 1 wskazuje na niezaspokojone przez wykonawcę należności główne przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą, (ii) art. 4 ust. 1 jako przedsiębiorcę definiuje tego, który zawarł umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego, ( (...)) art. 5 ust. 1 daje uprawnienie przedsiębiorcy do zgłoszenia należności, która przysługuje mu od wykonawcy zalegającego z zapłatą albo wobec którego ogłoszono upadłość. Co więcej przedsiębiorca stosownie do art. 8 ust. 1 dołącza oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone. Z kolei sama definicja przedstawiona w art. 4 ust. 2 kategorię podmiotów będących wykonawcą określa poprzez odesłanie do art. 2 pkt 11 p.z.p. i doprecyzowuje, że jest to każdy z podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Odesłanie do prawa zamówień publicznych oznacza, że za wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Z art. 23 p.z.p. wynika, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i do takich wykonawców stosuje się odpowiednio przepisy o wykonawcy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wykonawcą, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy nie jest wykonawca z umowy (...) nr (...) (konsorcjum firm), tylko wykonawca z umowy z przedsiębiorcą. Przedmiotem spłaty ustawodawca uczynił niezaspokojone należności główne przysługujące przedsiębiorcy od wykonawcy wynikające z zawartej między tymi podmiotami umowy. Skoro zaspokajane są należności przedsiębiorcy, a więc tego, który zawarł umowę z wykonawcą

udzielonego zamówienia publicznego (art. 4 ust. 1), ocena wykonawcy jest z punktu widzenia zaspokajanego, a nie zaspokajającego (...). Innymi słowy chodzi o wierzytelności powstałe na skutek niewykonania przez wykonawcę ciężącego na nim obowiązku, którego źródłem jest umowa zawarta przez przedsiębiorcę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez (...). (...) zostaje zobligowany do spłaty długu ciężącego na wykonawcy (dłużniku) jako stronie umowy, o której mowa w art. 1 ust. 1 ustawy.

Przedmiotem przelewu może być, co do zasady, każda wierzytelność, niezależnie od źródeł jej powstania. W niniejszej sprawie roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy jest w istocie ustawowym roszczeniem regresowym. Do kogo (...) skieruje roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy zależy od umowy łączącej przedsiębiorcę z wykonawcą. Materiał dowodowy wskazuje, że umowy były zawierane z (...) S.A. a nie konsorcjum (załączniki do pisma z 19 października 2017 r. k. 17 734, 17 736, nakaz zapłaty przeciwko (...) S.A. załącznik 62, k. 17815, załącznik 64 k. 17821). W ocenie Sądu Apelacyjnego jeżeli umowy z przedsiębiorcami zawierał odrębnie każdy z podmiotów tworzących jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej (konsorcjum) a będących wspólnie stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego z (...), wówczas wykonawcą odpowiedzialnym za zwrot środków wypłaconych jest tylko ten podmiot (członek konsorcjum) a nie jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej (konsorcjum firm). Skoro ustawowe roszczenie regresowe o zwrot środków w tym przypadku nie ma oparcia w art. 11 ust. 1 ustawy, innym źródłem rozliczenia może być umowa konsorcjum na zasadzie umownego rozliczenia roszczenia regresowego. Umowa konsorcjum w rozpoznawanej sprawie wyłączyła solidarną odpowiedzialność i rozliczenia roszczeń regresowych za umowy samodzielnie zawierane przez każdy z podmiotów tworzących konsorcjum. (...) płacąc dług (...) S.A. wszedł w jego sytuację prawną i nie ma roszczenia przeciwko pozostałym członkom konsorcjum firm.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, że roszczenia z art. 11 ust. 1 ustawy nie mogą być przedmiotem przelewu. Stoi temu na przeszkodzie sam charakter roszczenia uregulowany ustawą, a nie oparty na stosunku zobowiązaniowym. Zgodnie z art. 2 Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. W myśl art. 11 ust. 3 kwoty odzyskane Generalny Dyrektor przekazuje niezwłocznie na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego. Artykuł 13 ustawy uściśla ponadto, że w zakresie niezbędnym do przeznaczania, zgodnie z art. 2, środków Krajowego Funduszu Drogowego na spłaty należności oraz w zakresie niezbędnym do przekazywania, zgodnie z art. 11 ust. 3 odzyskanych kwot, Bank (...) opracuje projekt zmiany planu finansowego Krajowego Funduszu Drogowego, o którym mowa w art. 39 n ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 2014 i 2244 oraz z 2019 r. poz. 730, 1123, 2020 i 2217), na rok 2012, w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym w art. 39b wymienia co jest dochodem funduszu, m. in. wpływ z tytułu zatrzymania wraz z odsetkami zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to jednocześnie wysokość spłaty należności według ustawy o spłacie. Dochodem funduszu jest też wpływ z innych tytułów.

Przyjmując, że (...) ma roszczenie wobec wykonawcy o zwrot środków wypłaconych z Krajowego Funduszu Drogowego, wówczas stosownie do art. 11 ust. 3 ustawy odzyskane kwoty ma niezwłocznie przekazać na rachunek Krajowego Funduszu. Pochodzenie środków przeznaczonych na spłatę należności w trybie przewidzianym w przepisach ustawy oraz sposób postępowania ze środkami uzyskanymi przez (...), ma znaczenie przede wszystkim z punktu widzenia zasad finansów publicznych, w tym w szczególności zasad gospodarowania środkami publicznymi. Stosownie do art. 509 k.c. niedopuszczalność przeniesienia wierzytelności może wynikać bądź z przepisu ustawy, z zastrzeżenia umownego lub z właściwości zobowiązania. Pojęcie wierzytelności, która nie może być przedmiotem przelewu ze względu na sprzeczność z właściwością zobowiązania, obejmuje zróżnicowane kategorie, tj. wierzytelności ściśle związane z osobą dłużnika, wierzytelności, których przelew pozostawałby w kolizji z innym, związanym z wierzytelnością stosunkiem prawnym i wierzytelności nie podlegające cesji ze względu na szczególny charakter zobowiązania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego roszczenie ukształtowane ustawą a nie wynikające ze stosunku podstawowego, sposób nabycia prawa wobec wykonawcy (zaspokojenie należności przedsiębiorców przez wypłatę

środków z Krajowego Funduszu Drogowego), cel roszczenia jakim jest odzyskanie wypłaconych środków, stanowią przeszkodę dla dokonania cesji. Wzmacnia powyższe stwierdzenie Sądu brak w umowie przelewu zastrzeżenia, że w zamian za przelew cesjonariusz odzyskane od wykonawcy środki ma przekazać na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego. Jeżeli środki wydatkowane na poczet spłaty już zostały przekazane na rachunek funduszu z uruchomionej gwarancji, to roszczenie o ich zwrot uległo zaspokojeniu. Jeżeli zaś środki wydatkowane nie zostały odzyskane, to (...) nie może pozbawiać się roszczenia o ich zwrot, gdyż działa przeciw art. 11 ust. 3 ustawy o spłacie. Analogicznie jak właściwość zobowiązania stoi na przeszkodzie przelewu wierzytelności wtedy, gdy brak wprost przepisu prawa zakazującego przenoszenia określonej wierzytelności, lecz analiza treści stosunku stron sprzeciwia się powyższemu ze względu na szczególny charakter zobowiązania, tak samo art. 11 ust. 3 nakłada odzyskanie środków wypłaconych, a nie ich utratę.

Stanowisko Sądu pierwszej instancji, że (...) nie mógł przenieść więcej praw niż sam posiada jest w konsekwencji trafne. Nie został błędnie wyłożony art. 509 §1 k.c. ani art. 11 ust. 1 ustawy o spłacie.

Nie ma podstaw do zastosowania art. 864 k.c. w związku z art. 860 §1 k.c. w niniejszym stanie faktycznym sprawy. Apelujący wychodzą z założenia, że konsorcjum firm związane umową konsorcjum w istocie stanowiło spółkę cywilną, za której zobowiązania wspólnicy (tu poszczególni konsorcjanci) byłoby odpowiedzialni solidarnie. A skoro tak, to zobowiązaniem całego konsorcjum i w konsekwencji każdego z podmiotów tworzących konsorcjum, jest uregulowanie wierzytelności przysługujących podwykonawcom, dostawcom, usługodawcom. Nie jest przy tym klarowne, czy do zobowiązań objętych solidarnością apelujący zaliczają również uregulowany dług przez (...). Z tego względu Sąd Apelacyjny przeprowadza analizę zobowiązań dwutorowo.

Samo zagadnienie solidarnej odpowiedzialności wykonawców działających w ramach konsorcjum z tytułu umów zawartych z podwykonawcami, budzi poważne wątpliwości i wywołuje rozbieżności w orzecznictwie. Dopuszczając możliwość udzielenia zamówienia podmiotom występującym wspólnie (m.in. jako spółka cywilna lub konsorcjum), ustawodawca narzucił jednak takim podmiotom solidarną odpowiedzialność względem inwestora za wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 141 p.z.p.). Powstaje pytanie, czy w granicach wykonania umowy zawartej między inwestorem a wykonawcą zamówienia (konsorcjum firm) pozostaje także wykonanie umów, które każdy z konsorcjantów zawarł z podwykonawcami. Rozstrzygając tę kwestię Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 września 2008 r. (III CSK 119/08) odpowiedział twierdząco przyjmując, że wykonanie umowy zawartej pomiędzy inwestorem a współwykonawcami (konsorcjantami) obejmuje także wypełnienie przez każdego z wykonawców obowiązków względem podwykonawców. Przy umowach zawieranych przez podmioty występujące wspólnie o udzielenie zamówienia bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy umowy z podwykonawcami były zawierane przez takie podmioty samodzielnie, czy też wspólnie. Konsekwentnie Sąd Najwyższy przyjął, że niewykonanie przez jednego ze współwykonawców (konsorcjantów) umowy zawartej przez niego z podwykonawcą stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy zawartej z inwestorem i jako takie rodzi odpowiedzialność kontraktową. Szkoda wierzyciela (inwestora) polega w takiej sytuacji na wystąpieniu uszczerbku spowodowanego koniecznością spełnienia na rzecz podwykonawcy świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany był wykonawca (art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c.). Roszczenie odszkodowawcze kierowane jest przeciwko drugiej stronie umowy, jeżeli zaś po tej stronie umowy występuje więcej niż jeden podmiot, a ustawa przewiduje solidarną odpowiedzialność wykonawców (art. 141 p.z.p.), roszczenie odszkodowawcze kierowane jest przeciwko wszystkim. Odmienne orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lutego 2016 roku (V CSK 339/15) uznając, że spoczywający na wykonawcach – członkach konsorcjum obowiązek należytego wykonania umowy z podwykonawcami wynika z umowy o roboty budowlane zawartej z inwestorem wówczas jedynie, gdy został w umowie wyraźnie zastrzeżony.

Zgodnie z art. 369 k.c., zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Z powyższego przepisu wprost wynika, że źródłem zobowiązania solidarnego może być tylko szczególny tytuł rozumiany, jako przepis ustawy lub czynność prawna (np. umowa). Przepisem ustawy, który mógłby mieć zastosowanie dla odpowiedzialności członków konsorcjum jest art. 141 p.z.p. stanowiący o solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania. Dodatkowo orzecznictwo (jak wyżej) przyjmuje solidarną odpowiedzialność



wykonawców działających w ramach konsorcjum z tytułu umów zawartych z podwykonawcami. Ukształtowanie odpowiedzialności solidarnej przez wymienione przesłanki nie powinno być interpretowane rozszerzająco. Umowa, której wykonanie jest objęte solidarnością wykonawców (konsorcjum firm), to umowa zawarta z zamawiającym, a nie umowa zawarta na niższym szczeblu wykonawczym (poza umową o podwykonawstwo). Zdaniem Sądu Apelacyjnego żaden z przepisów prawa zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów z tytułu innej umowy niż umowa zawarta z zamawiającym (a w niej jest uregulowana odpowiedzialność za umowy o podwykonawstwo). Dlatego też postanowienia umowy nr (...) wyznaczają zakres zobowiązań wykonawców współtworzących konsorcjum. Wśród postanowień umowy nie ma takich, które zobowiązywałyby wykonawcę (konsorcjum firm) do zaspokojenia należności dostawców, czy usługodawców. Obowiązek jest określony do wykonania prac będących przedmiotem zamówienia, a więc wykonania ich w terminie, z odpowiednich materiałów, w sposób zgodny z umową oraz ewentualnie z zasadami sztuki budowlanej.

Ocena czynności prawnej, którą w niniejszej sprawie jest umowa konsorcjum, nie uzasadnia solidarnej odpowiedzialności wykonawców współtworzących konsorcjum firm. Nauka prawa wykształciła rozumienie konsorcjum zastępując ustawową definicję umowy konsorcjum, która nie została stworzona. Konsorcjum jest umową pomiędzy dwoma podmiotami lub większą ich liczbą, zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje osobny byt prawny posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają wyłącznie członkowie tworzący konsorcjum. Dopuszczalność zawierania umowy konsorcjum wynika z zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). W doktrynie prezentowane jest zapatrywanie, że w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcy mogą określić formę prawną wspólnego działania, która najlepiej będzie odpowiadała ich interesom (np. konsorcjum, spółka cywilna). W orzecznictwie przyjmowane jest, że umowa konsorcjum może stanowić podtyp spółki cywilnej, być spółką cywilną albo mieć samodzielny charakter, jeżeli nie ma podstaw do ustalenia, że występują w niej istotne cechy spółki cywilnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14; z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14; z dnia 10 września 2014 r., II CSK 536/14 oraz postanowienie z dnia 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, niepublikowane). Ponadto został wyróżniony model konsorcjum wykonawczego (i) scentralizowanego i (ii) zdecentralizowanego. Ten pierwszy ma przewidzianą funkcję lidera konsorcjum z szerokimi uprawnieniami do reprezentowania konsorcjum jako całości w jego relacjach prawnych z zamawiającym i takie jest konsorcjum w niniejszej sprawie. Odpowiada stosunkowi obligacyjnemu, w ramach którego poszczególni uczestnicy konsorcjum są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym z zamawiającym. Wewnętrzny podział robót między poszczególnych uczestników pozostaje już sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od nich wykonania całego zadania inwestycyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 130; z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11; z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). Uzupełniającą tylko należy dodać, że drugi typ konsorcjum zakłada, iż poszczególni uczestnicy mogą działać samodzielnie i nawiązywać we własnym imieniu oraz na własny rachunek bezpośrednio stosunki obligacyjne z zamawiającym. Zawierając szczegółowe umowy z zamawiającym, uczestnicy konsorcjum mogą działać wprawdzie w ramach ogólnej umowy konsorcjum, jednakże we wskazanych w tej umowie granicach uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie tyle charakter prawny umowy konsorcjum, co rozumienie zobowiązania konsorcjum, za które odpowiedzialni są jego członkowie, stanowi o solidarności. Solidarność oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między członkami konsorcjum podziału zadań. Kwestią wtórną jest zdefiniowanie konsorcjum jako spółki cywilnej, gdyż uregulowanie należności przedsiębiorców działających w procesie budowlanym jako dostawcy i usługodawcy, nie stanowiło zobowiązania wykonawcy umowy nr (...). Spłata przez (...) niezaspokojonych należności według ustawy o spłacie, wyklucza te należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c. Z dokonanych rozważań wynika, że należnościami zaspokajanymi przez (...) były należności podmiotów (przedsiębiorców), które nie mieściły się w zobowiązaniach umowy nr (...), a zatem nie stanowiły zobowiązań podmiotów współtworzących konsorcjum, tylko zobowiązania

poszczególnych członków konsorcjum. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest to przypadek z art. 864 k.c., aby za zobowiązania spółki (konsorcjum) wspólnicy (członkowie konsorcjum) byli odpowiedzialni solidarnie.

Drugą kwestią jest, czy zobowiązaniem członków konsorcjum było uregulowanie regresu (...). Immanentną cechą solidarności dłużników są rozliczenia pomiędzy nimi w razie spełnienia przez jednego z nich całości lub części zobowiązań, które przybierają postać roszczeń regresowych na podstawie zasad wynikających z art. 376 k.c. i przepisów szczególnych. Zagadnienie roszczeń regresowych reguluje art. 376 § 1 zd. 2 k.c., zgodnie z którym roszczenie regresowe powstaje z chwilą spełnienia przez dłużnika świadczenia w zakresie przenoszącym tę część, która ciąży na nim zgodnie z treścią stosunku wewnętrznego między współdłużnikami (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 1968 r., I CR 265/68, OSNC 1969/7-8, poz. 138; z 31 marca 2000 r., II CKN 776/98, LEX nr 1219807; i z 12 października 2001 r., V CKN 500/00, OSNC 2002/7-8, poz. 90). (...) spłaciła dług jednego z członków konsorcjum i wchodząc w sytuację prawną spłacanego członka konsorcjum, może domagać się zwrotu środków jako rozliczenia zobowiązania przekraczającego jego obowiązek, gdy umowa konsorcjum taki przypadek przewiduje. Dla zwrotu z ustawy o spłacie podstawą jest art. 11 ust. 1, który stanowi o roszczeniu wobec wykonawcy i przyjęte przez Sąd Apelacyjny rozumienie wykonawcy wyklucza, że jest nim konsorcjum firm. Z kolei postanowienie zawarte w §4 ust. 2 umowy konsorcjum jako regułę ustanawiało, że wzajemnie wobec siebie każda strona odpowiadać będzie za jakość i terminowość własnych robót i dostaw, jak również robót i dostaw realizowanych przez jej wykonawców. Tylko gdy dług wobec spłacanego przedsiębiorcy byłby długiem konsorcjum, (...) miałyby roszczenie regresowe do pozostałych członków konsorcjum w zakresie przekraczającym część (...) S.A. Przypadek niniejszej sprawy obejmuje jednak sytuację, gdy (...) płaciła część (...) S.A. Ponadto, gdyby konsorcjum ponosiło solidarną odpowiedzialność, to Skarb Państwa nie musiałby płacić dostawcom/usługodawcom na zasadach ustawy o spłacie; wykonawcy mogliby skierować żądania do konsorcjum jako podmiotu odpowiedzialnego za zobowiązanie jednego z członków konsorcjum, a następnie skorzystać z art. 647<sup>1</sup> k.c.

Nie jest naruszone zastosowanie art. 745 k.c. Gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z czynności ubezpieczeniowych i nie jest ustawowo zdefiniowana ani regulowana. Co do zasady gwarancja jest instytucją ukształtowaną w praktyce rynkowej w ramach zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), mającą fragmentaryczne uregulowania głównie dotyczące gwarancji bankowej. Jak przytoczono na wstępie sama umowa gwarancji jest jednym z trzech, powiązanych ze sobą stosunków prawnych: pierwszy, stosunek prawny łączący wierzyciela z dłużnikiem, z którego wynika konieczność zabezpieczenia interesów wierzyciela, wynikających z tego stosunku (tzw. stosunek podstawowy), drugi, stosunek zlecenia udzielenia gwarancji, w ramach którego dłużnik ze stosunku podstawowego zleca udzielenie gwarancji innemu podmiotowi - tu towarzystwo ubezpieczeń w celu zabezpieczenia interesów wierzyciela oraz stosunek gwarancji pomiędzy osobą gwaranta a beneficjentem gwarancji. Analogicznie do gwarancji bankowej, stanowi ona zobowiązanie ubezpieczyciela do wypłaty na rzecz beneficjenta określonej sumy pieniężnej w sytuacji, gdy dłużnik nie realizuje określonych w gwarancji zobowiązań wobec beneficjenta. Podstawą udzielenia gwarancji jest treść łączącego stosunku obligacyjnego między zlecającym udzielenie gwarancji, a gwarantem. (...) S.A. konsekwentnie uznaje, że zlecającym było konsorcjum firm, a nie tylko (...) S.A. wywodząc taki wniosek z art. 141 p.z.p., umowy konsorcjum i umowy gwarancji oraz OWU.

W razie zawarcia umowy zlecenia udzielenia gwarancji, w tym ubezpieczeniowej, świadczenie zakładu ubezpieczeń w przypadku umowy o udzielenie gwarancji polega na wystawieniu uzgodnionej gwarancji (świadczenie o charakterze niepieniężnym), a zleceniodawca gwarancji zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia gwarantowi. Stąd też jedynie umowa zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej jest miarodajna dla określenia zlecającego. Oświadczenia woli składane w umowie zlecenia kreowały stosunek prawny. Wykładnia umowy zakłada m.in. to, że nie można określonego postanowienia umowy interpretować w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy kształtowanych także przez OWU. (...) S.A. pomija, że łączyła go z (...) S.A. umowa o udzielenie gwarancji kontraktowych w ramach limitu odnawialnego. Sporna gwarancja została wystawiona w konsekwencji zawarcia aneksu nr (...) do tej umowy. Zgodnie z §1 aneksu (...) S.A. zobowiązało się wydać na wniosek wnioskodawcy ( (...) S.A.) gwarancje należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek nr (...) - (...), prowizję za udzielenie gwarancji stosownie do §3 zobowiązało się zapłacić wnioskodawca. Obecne twierdzenie, że zlecającym było konsorcjum firm

przeciwy zachowaniu (...) S.A. Wystawca gwarancji ani nie żądał pełnomocnictwa dla działania (...) S.A. od pozostałych podmiotów, ani umowy konsorcjum, z której takie pełnomocnictwo miałyby wynikać. Z samego §6 ust. 1 umowy konsorcjum wynika jedynie złożenie zabezpieczenia w imieniu konsorcjum przez każdą ze stron w części odpowiadającej jej udziałowi w konsorcjum. Nie wynika, aby wszystkie strony konsorcjum udzielały pełnomocnictwa do uzyskania takiego zabezpieczenia poszczególnym podmiotom. Umowa gwarancji nie sanuje braku pełnomocnictwa do działania (...) S.A. od pozostałych członków konsorcjum przy zawieraniu umowy zlecenia udzielenia gwarancji. Stronami umowy gwarancji był (...) S.A. oraz (...) i umowa gwarancji w swoim zapisie o działaniu w imieniu i na rzecz konsorcjum jest wykonaniem art. 141 p.z.p., gdzie wspólnie ubiegający się wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Postanowienie OWU zatwierdzonych przez Zarząd Towarzystwa (...) uchwałą nr 3/ (...) z 3 stycznia 2007 r. i obowiązujących w dniu wystawienia gwarancji stanowiło "z dniem zapłaty na rzecz beneficjenta określonej kwoty z tytułu gwarancji, towarzystwu przysługuje roszczenie do wnioskodawcy o zwrot wypłaconej na rzecz beneficjenta należności, powiększonej o koszty poniesione w związku z wykonaniem gwarancji". Jednocześnie zgodnie z definicją zawartą w OWU za wnioskodawcę uznaje się przedsiębiorcę ubiegającego się o udzielenie z ubezpieczeniowej gwarancji kontraktowej lub na wniosek którego towarzystwo udzieliło ubezpieczeniowej gwarancji kontraktowej. T. E. H. nie dochodził w czym imieniu (...) S.A. składa zlecenie, przeciwnie, (...) S.A. był kontrahentem ubezpieczyciela i w ramach obowiązującej umowy złożył kolejne zlecenie. Nie jest trafne powoływanie się na art. 141 p.z.p., albowiem solidarna odpowiedzialność obejmuje wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a nie odnosi się do stosunku zlecenia, na podstawie którego zabezpieczenie jest ustanawiane.

Sąd Apelacyjny wielokrotnie wskazywał, że art. 141 p.z.p. wskazuje dwie przesłanki, według których członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność, chodzi o wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. K. odpowiadają więc solidarnie przed zamawiającym za terminowe i zgodne z przedmiotem zamówienia wykonanie zawartej umowy. W związku z tym niewykonanie przez jednego ze współwykonawców umowy zawartej przez niego z podwykonawcą stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy zawartej z zamawiającym. Na takie rozumienie zobowiązania strony umówiły się w umowie nr (...). Nie było zobowiązaniem konsorcjum pokrycie długów wynikających z umów zawartych przez jednego członka konsorcjum z przedsiębiorcą. Realnym wykonaniem zobowiązania było wykonanie przez konsorcjum w sposób, w jaki został określony w stosunku zobowiązaniowym (umowie).

Zarzut naruszenia art. 147 ust. 1 i 2 p.z.p. jest o tyle bezprzedmiotowy, że niniejsza sprawa ma za podstawę nabycie roszczeń z ustawy o spłacie, a nie ze stosunku gwarancji. Roszczenie niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu odnosi się do stosunku podstawowego. W tym zakresie istotne jest nadanie znaczenia „zobowiązania” w chwili zawierania kontraktu. Dokonując wykładni umowy, należy dążyć do ustalenia rzeczywistej woli wyrażonej przez strony przy zawarciu umowy. Wtedy, gdy woli tej nie można jednoznacznie ustalić albo strony różnie rozumiały określone postanowienia umowne należy odwołać się do wzorca obiektywnego i przyjąć za prawnie wiążącą interpretację oświadczenia woli, jaką powinien przyjąć adresat oświadczenia według starannych zabiegów interpretacyjnych (tzw. kombinowana metoda wykładni - por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168). Zachowanie stron zaświadcza, że nie było rozbieżności co do rozumienia „zobowiązania”. (...) dopiero na podstawie ustawy o spłacie uzyskała roszczenia do wykonawcy za spłaconych dostawców/usługodawców, a wcześniej nie dochodziła realizacji zobowiązania w postaci uregulowania należności dostawców/usługodawców od strony umowy nr (...). Dlatego wiążący się z tym zarzut naruszenia art. 3 ustawy o spłacie w związku z art. 3 k.c. jest również niezasadny. Ustawa działa wstecz co do zasad spłaty zamówień, a nie rozumienia zobowiązań stron. Słuszny jest pogląd Sądu pierwszej instancji, że ustawa nie może nadać nowego rozumienia zobowiązania stron umowy nr (...).

Nie znajdując podstaw do zmiany wyroku, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił obie apelacje, o czym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Sąd Apelacyjny rozstrzygnął w oparciu o ogólną zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania wyrażoną w art. 98 § 1 i 3, art. 99 k.p.c. oraz art. 108 §1 w związku z art. 391 §1 k.p.c. Powód i

interwenant uboczny, jako przegrywający postępowanie apelacyjne winni zwrócić pozwanym poniesione przez nich usprawiedliwione koszty procesu, na które składało się wynagrodzenie jednego pełnomocnika procesowego w osobie radcy prawnego, ustalone w oparciu o § 2 pkt 9) w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 265 – t.j.) w brzmieniu obowiązującym na dzień wniesienia apelacji.

Jolanta de Heij-Kaplińska Tomasz Wojciechowski Magdalena Sajur-Kordula