

Sygn. akt V ACa 437/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2013r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Iwona Wilk
Sędziowie:	SO del. Leszek Guza (spr.) SA Barbara Kurzeja
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 6 listopada 2013r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Zakładowi (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 11 kwietnia 2013r., sygn. akt XIV GC 53/13

oddala apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 437/13

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w K. wniosła o orzeczenie nakazem zapłaty, że pozwany Zakład (...) spółka z o.o. z siedzibą w M. ma mu zapłacić kwotę 449 475,00 zł z tytułu bezzasadnie zrealizowanej gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie powoda oraz z tytułu wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie robót budowlanych na podstawie umowy zawartej przez strony, ustawowe odsetki za opóźnienie w zapłacie dochodzonej kwoty oraz koszty postępowania, w tym koszty zastępstwa procesowego.

Wskazał powód, że naliczenie kary umownej przez pozwanego było bezpodstawne ponieważ złożone przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy wiążącej strony było zasadne i skuteczne, a co za tym idzie pozwany nie mógł

odstąpić od umowy, która wcześniej wygasła. Pozwany powinien zapłacić mu wynagrodzenie za wykonane prace w pełnej wysokości oraz zwrócić środki finansowe, które otrzymał z tytułu bezzasadnej realizacji gwarancji bankowej.

Z ostrożności procesowej powód wniósł o zmiarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwanego.

Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty domagał się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów procesu

W uzasadnieniu podniósł, iż powodowi nie przysługuje legitymacja do samodzielnego dochodzenia roszczenia objętego pozwem. Wywodził, że konsorcjum nie posiada osobowości prawnej, a tym samym nie posiada zdolności sądowej, a wobec tego członkowie konsorcjum, analogicznie jak wspólnicy spółki cywilnej, nie mogą samodzielnie dochodzić wierzytelności wchodzącej w skład majątku spółki. Zdaniem pozwanego samodzielne dochodzenie wynagrodzenia przez członka konsorcjum za roboty wykonane w ramach konsorcjum jest możliwe dopiero po rozwiązaniu i rozliczeniu umowy konsorcjum.

Pozwany podniósł również, że nie istniały podstawy do odstąpienia od umowy przez powoda ponieważ umowa stron nie przewidywała uprawnienia do odstąpienia od umowy ani też nie zaistniały przesłanki do odstąpienia od umowy w trybie art. 491 k.c. Według pozwanego jednostronne odstąpienie od umowy przez powoda w sposób spreczny z postanowieniami umowy, prowadzące do niewykonania zobowiązania umownego uprawniało go do naliczenia i dochodzenia kary umownej zastrzeżonej w § 21 ust. 1 tiret 2 umowy zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy przez wykonawcę.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 449 475,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 83 902,00 zł od dnia 14 kwietnia 2011 r.,

- od kwoty 365 573,00 zł od dnia 4 października 2012 r., a w pozostałej części powództwo oddalił i orzekł o kosztach procesu.

Na uzasadnienie wskazał Sąd Okręgowy, że ustalili, iż powodowa spółka (...) (poprzednia nazwa (...)) jest następcą prawnym (...) sp. z o.o. w K.. W dniu 6.10.2009 r. spółka (...) zawarła z (...) sp. z o.o. w Ż. umowę konsorcjum w celu wspólnego złożenia pozwanemu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na zadaniu realizowanym przez pozwanego pn. „(...)” oraz realizacji kontraktu zawartego z pozwanym po wygraniu przetargu. W wyniku wygrania przetargu przez konsorcjantów pozwany zawarł z nimi w dniu 2.02.2010 r. umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych w zakresie zadania (...) obejmujących budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz odtworzenie nawierzchni dróg. Zakres robót został podzielony na odcinki: IA, IB, IC, II i III z określeniem terminu realizacji każdego odcinka. Za wykonanie wszystkich robót objętych umową strony uzgodniły wynagrodzenie w kwocie 2 996 500 zł netto (brutto 3 655 730 zł).

Powód wykonał i przekazał pozwanemu roboty na odcinku IA. Przyznał, że roboty na tym odcinku wykonał po upływie terminu ustalonego w umowie, co spowodowało, że pozwany naliczył powodowi karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 145 000 zł, którą następnie potrącił z należnością powoda określoną w fakturze nr (...) z dnia 2.06.2010 r.

Powód rozpoczął wykonywanie robót na odcinku IB ale ich nie ukończył. W piśmie do pozwanego z dnia 23.07.2010 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy łączącej strony. Jako przyczynę odstąpienia podał znaczne opóźnienie dostaw studni polimerobetonowych przez producenta wskazanego przez pozwanego, brak zgody pozwanego na zastosowanie studni produkowanych przez inne firmy oraz nieuiszczenie przez pozwanego należności objętej fakturą nr (...).

W dniu 31.08.2010 r. pozwany wystawił powodowi notę nr (...) obciążając go karą umowną w kwocie 449 475 zł na podstawie § 21 ust. 1 umowy z tytułu odstąpienia od umowy przez powoda z przyczyn, za które ponosił on

odpowiedzialność. Następnie w piśmie do powoda z dnia 1.09.2010 r. pozwany powołując się na § 20 pkt b umowy odstąpił od umowy wskutek opóźnienia w wykonaniu robót trwającego powyżej dwóch miesięcy.

Pismem z dnia 22.09.2010 r. pozwany uruchomił gwarancję nr (...) udzieloną przez (...) Bank (...) na zlecenie powoda na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości do wysokości 365 573 zł. Kwotę wynikającą z gwarancji Bank przelał na rachunek pozwanego w dniu 7.10.2010 r. Uzyskaną kwotę gwarancji pozwany zaliczył na poczet należności objętej notą obciążeniową nr (...) z dnia 31.08.2010 r. a resztę należności wynikającej z tej noty, tj. kwotę 83 902 zł potrącił z faktury powoda nr (...) z dnia 11.03.2011 r.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd pierwszej instancji zważył, strony wiązała umowa o roboty budowlane zawarta w dniu 2.02.2010r. Zgodził się Sąd ze stanowiskiem pozwanego, że wskazane przez powoda przyczyny odstąpienia od umowy nie uprawniały powoda do dokonania tej czynności. Wskazał Sąd pierwszej instancji, iż uprawnienie do odstąpienia od umowy nie zostało przyznane powodowi w umowie ani też nie przysługiwało mu na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Uznał Sąd Okręgowy, że nie zaistniała podstawa do odstąpienia od umowy przez powoda na podstawie art. 491 k.c. wskutek nieuregulowania przez pozwanego części należności objętej fakturą powoda nr (...) z dnia 2.06.2010 r. Z wyjaśnień samego powoda wynika, że pozwany potrącił z tej faktury wierzytelność wzajemną z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. Potrącenie wierzytelności wzajemnej jest jedną z form uregulowania zobowiązania pieniężnego, a wobec tego nie istniała podstawa do odstąpienia od umowy. Zupełnie inną kwestią jest natomiast fakt, że w postępowaniu sądowym, które toczyło się między stronami sąd zmiarkował karę umowną, którą pozwany potrącił z należnością powoda z faktury nr (...).

Dlatego, w ocenie Sądu pierwszej instancji, odstąpienie od umowy przez powoda stanowiło czynność prawną bezskuteczną. Stąd też brak było podstawy do obciążenia powoda przez pozwanego karą umowną za odstąpienie od umowy na podstawie § 21 ust.1 tiret 2 umowy.

Wobec opóźnienia w realizacji robót objętych umową w świetle § 20 pkt b umowy oraz art. 635 w zw. z art. 656 § 1 k.c. skutecznym było natomiast odstąpienie od umowy przez pozwanego dokonane przez niego pismem z dnia 1.09.2010 r. W ślad za odstąpieniem od umowy pozwany nie skorzystał jednak z uprawnienia do obciążenia powoda karą umowną na podstawie § 21 ust.1 tiret 1 umowy.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne.

Ponadto Sąd Okręgowy podniósł, iż pozwany bezpodstawnie uruchomił gwarancję bankową wystawioną na zlecenie powoda. Z treści tego dokumentu wynika bowiem, że gwarancja została wystawiona na zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości, a zatem nawet gdyby pozwanemu przysługiwało roszczenie z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy nie byłby on uprawniony do uruchomienia gwarancji wobec konkretnie wskazanego w tym dokumencie roszczenia podlegającego zabezpieczeniu.

Mając na uwadze, że (...) Bank (...) udzielił gwarancji na zlecenie lidera konsorcjum, którym była spółka (...) i kwota gwarancji została pobrana z rachunku bankowego tej spółki, jak również i tę okoliczność, że część kary umownej w kwocie 83 902 zł pozwany potrącił z faktury nr (...) wystawionej przez powoda w dniu 14.03. 2011 r. Sąd Okręgowy uznał podniesiony przez pozwanego zarzut braku legitymacji procesowej powoda do dochodzenia roszczenia objętego pozwem za bezzasadny.

Zważył tutaj Sąd, że w skład konsorcjum wchodziły dwa samodzielne podmioty gospodarcze, które nie posiadały wspólnego majątku, a umowę konsorcjum zawarły jedynie w celu realizacji jednego, konkretnie określonego zadania. Po odstąpieniu przez powoda od umowy o roboty budowlane wygasła, także umowa konsorcjum i jak wynika z pisemnego oświadczenia konsorcjanta (...) sp. z o.o. z dnia 19.01.2011 r. wynagrodzenie, które należało mu się za wykonane prace na podstawie umowy o roboty budowlane zostało uregulowane, w związku z czym nie posiada on żadnych roszczeń z tego tytułu wobec pozwanego ani lidera konsorcjum. Roszczenie powoda powstało po wygaśnięciu

umowy o roboty budowlane oraz umowy konsorcjum, w wyniku pobrania z jego rachunku bankowego kwoty 365 573 zł w dniu 7.10.2010 r. oraz wskutek bezpodstawnego potrącenia przez pozwanego pismem z dnia 20.04.2011 r. kwoty 83 902 zł z faktury nr (...) wystawionej pozwanemu przez powoda w dniu 14.03.2011 r.

W konsekwencji przedstawionego wyżej stanowiska Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 405 w zw. z art. 410 § 2 k.c. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 365 573 zł, którą pozwany uzyskał bezpodstawnie, oraz kwotę 83 902 zł jako resztę wynagrodzenia za wykonanie robót należnego powodowi na podstawie art. 647 k.c. z faktury nr (...).

W oparciu o art. 481 k. c. Sąd ten zasądził od pozwanego przysługujące powodowi ustawowe odsetki za opóźnienie w zapłacie zasądzonych kwot, przy czym od kwoty 83 902 zł od daty upływu terminu płatności określonej w fakturze, a od kwoty 365 573 zł od daty posiedzenia Sądu Rejonowego w Tychach, które odbyło się w dniu 4.10.2012 r. w sprawie o zawezwanie do próby ugodowej albowiem powód nie wykazał, aby wcześniej wezwał pozwanego do zwrotu tej kwoty i stosownie do wyniku sporu obciążył pozwanego na zasadzie art.98 k.p.c. kosztami postępowania poniesionymi przez powoda.

Apelację od tego wyroku złożył pozwany który domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie uchylecia wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania w obu instancjach.

Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj. art. 233 k.p.c. poprzez sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zgromadzonego materiału dowodowego i przyjęcie, że :

- w sprawie doszło do wygaśnięcia umowy konsorcjum łączącej powoda z (...) sp. z o.o. w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane podczas gdy brak jest w sprawie jakichkolwiek dowodów to potwierdzających oraz z uwagi na brak wygaśnięcia tej umowy z mocy prawa,

- pozwany nie obciążył powoda karą umowną za odstąpienie przez pozwanego od umowy, podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy wskazuje odmiennie, a w szczególności treść oświadczenia woli pozwanego z dnia 1 września 2010 r. zawiera wyliczenie kary umownej w wysokości 15% wynagrodzenia netto,

- gwarancja bankowa została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji a pozwany nie miał prawa skorzystać z tej gwarancji w celu zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy, podczas gdy z treści dokumentu gwarancyjnego wynika, że gwarancja została wystawiona w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ponadto zarzucił pozwany zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj. art. 72 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. oraz art. 195 § 1 k.p.c. poprzez dopuszczenie do udziału w sprawie i wydanie wyroku na rzecz powoda (...) Spółki z o.o. podczas gdy po stronie zachodzi współuczestnictwo konieczne, warunkujące łączny udział w sprawie po stronie powodowej dwóch członków konsorcjum wykonawców, prowadzące do braku legitymacji procesowej czynnej po stronie powodowej.

Podniósł też pozwany zarzut potrącenia przysługującej mu od powoda wierzytelności z tytułu kary umownej za odstąpienie przez pozwanego od umowy stron z przyczyn leżących po stronie powoda z wierzytelnościami dochodzonymi w niniejszej sprawie.

W uzasadnieniu podniósł pozwany, że umowa konsorcjum nie wygasła bowiem z § 8 umowy wynika, że obowiązuje ona do ostatecznego zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją jej celów. Nie można zaś uznać aby doszło do ostatecznego zakończenia tych spraw skoro trwa proces którego przedmiotem są roszczenia i zobowiązania mające początek w umowie stron.

Zwrócił uwagę pozwany, że kara umowna objęta jest odpowiedzialnością obu wykonawców. Stąd przedmiotem procesu są obowiązki wspólne obu członków konsorcjum.

Dlatego pomiędzy członkami konsorcjum zachodziło współuczestnictwo konieczne w rozumieniu art. 72 § 2 k.p.c.

Odnosnie kary umownej wskazał pozwany, że w nocie wskazano jedynie, iż naliczona ją na podstawie § 21 ust. 1 umowy nie precyzując na podstawie którego tiretu została ona naliczona. Zamiarem pozwanego było naliczenie kary z obu wskazanych w omawianym zapisie podstaw nie mógł bowiem wykluczyć, że odstąpienie powoda od umowy okaże się skuteczne.

Gwarancja bankowa jednoznacznie wskazuje, że została wystawiona celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy a nie jak twierdzi Sąd Okręgowy celem zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu wskazał powód na treść art. 162 k.p.c. w zakresie podnoszonych zarzutów naruszenia prawa procesowego.

Odnosnie zarzutu braku legitymacji czynnej po stronie powodowej wskazał powód, że fakt rozwiązania konsorcjum był oczywistą konsekwencją odstąpienia powoda od umowy. Umowa zawarta była do czasu zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją jej celów. W chwili odstąpienia od umowy odpadł jej cel w jakim została zawarta.

Powód rozliczył się ze spółką (...) i spółka ta nie ma już żadnych roszczeń w stosunku do pozwanego.

Ponadto wskazał powód, że pozwany wystawił notę na powoda a nie na konsorcjum i jedynie do powoda skierowała oświadczenie o potrąceniu. Również gwarancja bankowa została wystawiona jedynie na zlecenie powoda. W związku z tym uszczerbek powstał wyłącznie w majątku powoda. Stąd nie istnieją żadne roszczenia spółki (...) wobec pozwanego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. w zakresie obciążenia karą umowną za odstąpienie przez powoda od umowy wskazał powód na prawidłowość ustaleń Sądu Okręgowego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanego, mimo słuszności niektórych jej zarzutów nie zasługiwała na uwzględnienie.

Za słusznie bowiem należy uznać zarzuty pozwanego, iż nie znajdują oparcia w materiale dowodowym ustalenia Sądu pierwszej instancji, że gwarancja bankowa została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji a pozwany nie miał prawa skorzystać z tej gwarancji w celu zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy oraz w zakresie w jakim ustalił ten sąd, że w sprawie doszło do wygaśnięcia umowy konsorcjum łączącej powoda z (...) sp. z o.o. w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane.

Słusznie argumentuje tutaj pozwany, że zarówno treść gwarancji bankowej jak i treść umowy w wykonaniu której pozwany złożył tę gwarancję wyraźnie wskazują na to, że gwarancja ta ma zabezpieczać roszczenia zamawiającego w razie stwierdzenia, że wykonawca nie wypełnił swoich umownych zobowiązań a dopiero w dniu 31 stycznia 2011 r. ulegała redukcji do zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji.

Nic więc nie stało na przeszkodzie aby zrealizował pozwany tę gwarancję na pokrycie swoich zobowiązań z tytułu naliczonej kary umownej.

Odnosnie zaś wygaśnięcia umowy konsorcjum, to słusznie wskazał skarżący na treść § 8 umowy konsorcjum, z którego wynika, iż umowa ta obowiązuje do dnia ostatecznego zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją jej

celów oraz przez okres obowiązywania gwarancji i rękojmi. Skoro więc napisano tam wszystkich spraw związanych z realizacją celów konsorcjum to niniejsza sprawa również na termin wygaśnięcia konsorcjum musi mieć wpływ.

Niezależnie jednak od słuszności tych zarzutów apelacji nie mogła ona odnieść zamierzonego skutku. Zaskarżony wyrok jest bowiem słuszny i odpowiada prawu.

Wbrew twierdzeniom skarżącego Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił istnienie po stronie powodowej legitymacji czynnej w niniejszej sprawie oraz słusznie ustalił, iż pozwany nie obciążył powoda karą umowną za odstąpienie przez pozwanego od umowy.

Oceniając to czy powód był czynnie legitymowany do występowania w niniejszej sprawie należy bowiem rozpocząć od przypomnienia jakich roszczeń powód dochodził. Roszczeniami tymi zaś były roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (nienależnego świadczenia) oraz roszczenie z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace.

Jeżeli chodzi o pierwsze z tych roszczeń to legitymacja czynna powoda wynika tutaj z faktu, że wzbogacenie pozwanego nastąpiło kosztem powoda. To z rachunku powoda została pobrana kwota wypłaconej gwarancji. To powód jest więc osoba zubożoną której przysługuje legitymacja do dochodzenia zwrotu nienależnego świadczenia.

Odnosnie zaś z drugiego z dochodzonych roszczeń należy wskazać, że roszczeniem tym była należność za roboty wykonane przez powoda, objęta wystawioną przez powoda fakturą nr (...). Faktura ta została przyjęta przez pozwanego, który nie kwestionował zasadności jej wystawienia. Należność z tej faktury została przez pozwanego potrącona oświadczeniem złożonym powodowi. Nie bardzo jest więc zrozumiałe dlaczego obecnie kwestionuje pozwany uprawnienie powoda do dochodzenia roszczeń z tej faktury.

W tym zakresie zasadnicze znaczenie ma również oświadczenie złożone przez (...) Spółkę z o.o. że nie ma żadnych roszczeń w stosunku do pozwanego z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace (k. 38).

W tym miejscu należy jednak wyjaśnić, że Sąd Apelacyjny nie podziela poglądów wyrażonych przez pozwanego, a sprowadzających się do twierdzenia, że już z istnienia umowy konsorcjum wykonawców wynika, że po stronie powodowej w niniejszej sprawie występuje współuczestnictwo konieczne. Nie podziela bowiem Sąd poglądu, że umowa konsorcjum musi być zrównana z umową spółki cywilnej. Jak już wyjaśniał Sąd Apelacyjny w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lutego 2013 r. (sygn. akt V ACa 664/12) nie można postawić znaku równości pomiędzy spółką cywilną w rozumieniu kodeksu cywilnego a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p. W przypadku konsorcjum, zawiązanym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, nie powstaje współwłasność łączna konsorcjantów co do majątku wniesionego przez każdego z nich tytułem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych. W konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej.

Stosunek konsorcjum nie może również stanowić podstawy do uznania, że zachodzi pomiędzy jego uczestnikami współuczestnictwo konieczne. W ramach tego stosunku nie powstaje bowiem wspólny przedmiot praw i obowiązków.

W rzeczywistości jest zaś tak, że o uprawnieniach i obowiązkach każdego z konsorcjantów rozstrzyga każdorazowo umowa konsorcjum. Z kolei o wzajemnych stosunkach konsorcjum i konsorcjantów z zamawiającym rozstrzygać będzie łącząca ich umowa.

W niniejszej sprawie umowa konsorcjum w § 6 wyraźnie rozstrzyga jakie prace wykona każdy z konsorcjantów i stanowi, że stosownie do tego podziału każda ze stron samodzielnie ponosić będzie koszty i samodzielnie rozliczać ewentualny zysk. Odnosnie kosztów zabezpieczenia to w § 7 zapisano, że będą je strony ponosić proporcjonalnie do zakresu przewidywanych do wykonania robót.

Jeżeli zaś chodzi o umowę konsorcjantów z pozwanym to nie zawiera ona szczegółowych zapisów dotyczących rozliczeń z konsorcjum i jego uczestnikami.

Jak z powyższego wynika omawiane zapisy nie dają podstaw do twierdzenia, że dochodzone w niniejszej sprawie roszczenia są wspólne dla obu konsorcjantów. Każdy z konsorcjantów miał wydzielone swoje prace, które samodzielnie miał rozliczać a koszty zabezpieczenia mieli oni ponieść proporcjonalnie do zakresu wykonywanych prac.

Biorąc to pod uwagę oraz mając na względzie fakt, że powód wykazał, iż to on poniósł koszty zrealizowanej gwarancji bankowej i to, że drugi z konsorcjantów nie ma wobec pozwanego roszczeń z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace, nie sposób uznać, że powód nie ma legitymacji do występowania w niniejszej sprawie.

Odnośnie zaś zarzutu dotyczącego ustalenia, iż pozwany nie obciążył powoda karą umowną za odstąpienie przez pozwanego od umowy to zarzut ten był nieuzasadniony.

W tym zakresie wskazać należy na to, iż nota w której pozwany naliczył powodowi karę umowną (k. 45) nosi datę sprzed dnia odstąpienia od umowy przez pozwanego (k. 47). Do noty obciążeniowej odwołał się pozwany w piśmie w którym wypowiedział umowę (k. 47). Nie wykazał zaś pozwany aby w tym okresie jeszcze inną notę wystawił. Na tę też notę obciążeniową powołał się pozwany w piśmie zawierającym żądanie wypłaty należności z gwarancji (k. 49).

Nie sposób zaś przyjąć, że karę naliczył pozwany przed nastąpieniem zdarzenia dającego mu uprawnienie do tej czynności.

Niezależnie od tego należy podnieść, że omawiana nota obciążeniowa jak i pismo pozwanego z dnia 1 września 2010 r. (k. 47) nie mogą stanowić skutecznego naliczenia kary umownej bowiem nie określają w sposób wyraźny podstaw jej naliczenia. Nota odwołuje się do § 21 ust. 1 umowy stron a pismo wskazuje na § 21 ust. 1 tiret 1 i 2 w których zawarto zapisy dotyczące kar umownych z różnych tytułów. Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zalicza się zaś określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary.

Tym samym naliczając karę umowną należy precyzyjnie wskazać podstawy jej naliczenia.

Tego w niniejszej sprawie zabrakło co stanowi kolejny argument za nienależytym naliczeniem kary.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny uznał za słuszne ustalenie Sądu Okręgowego, że nie doszło do skutecznego potrącenia należności powoda z tytułu wynagrodzenia z karą umowną oraz, że pozwany niezasadnie zrealizował gwarancję bankową.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut potrącenia podniesiony w apelacji. W tym zakresie za uzasadniony uznał Sąd Apelacyjny zarzut pełnomocnika powoda, iż pozwany nie wykazał aby złożył stosowne oświadczenie o potrąceniu stronie powodowej. Zgodnie zaś z art. 499 k.c. potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

Niezależnie od tego zarzut ten w ocenie Sądu był spóźniony w świetle art. 381 k.c. Oparty był on bowiem na okolicznościach faktycznych znanych stronie pozwanej w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji.

Dlatego wyrok Sądu Okręgowego uznał Sąd odwoławczy za prawidłowy i apelację powoda oddalił.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego oparto o art. 385 k.p.c., a w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego o art. 98 k.p.c.