

Sygn. akt I A Ca 744/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki z o.o. w G.*

przeciwko **1) Przedsiębiorstwu (...) Spółce z o.o. w O., 2) Syndykowi masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W., 3) T. G. i 4) (...) S.A. w R.**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego T. G.

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 9 kwietnia 2015 r. sygn. akt V GC 184/13

**uchyla zaskarżony wyrok w punktach 2, 5, 6 i 7 w części dotyczącej pozwanych: Syndyka masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G., znosi postępowanie wobec pierwszego z wymienionych pozwanych za okres od dnia 25 marca 2014 r. do dnia 30 marca 2015 r. i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód: (...) sp. z o.o. w G. wystąpił z powództwem o solidarną zapłatę na jego rzecz kwoty 490.025 zł przez pozwanych: Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w O., E. of (...) S.A. w W., T. G. i (...) S.A. w R. tytułem należności za dostarczenie, montaż oraz rozruch technologiczny urządzeń do mechanicznego oczyszczania ścieków dla Oczyszczalni (...) w O. oraz szkolenie jej obsługi.

Pozwany ad 1: Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w O. domagając się oddalenia powództwa wskazał, iż nie ponosi jako inwestor odpowiedzialności w oparciu o powołaną przez powoda podstawę prawną (art. 647<sup>1</sup> k.c.) ponieważ nie wyraził zgody wymaganej w § 2 art. 647<sup>1</sup> k.c.

Pozwany ad 2: E. of (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w O.) wniósł o oddalenie powództwa i podał, że jako wykonawca inwestycji, po odmowie wyrażenia przez pozwanego ad 1 zgody na zawarcie umowy z powodem jako podwykonawcą, nie zgodził się wobec pozwanego ad 4 na zawarcie umowy z powodem. Ten fakt zwalnia go z odpowiedzialności wobec powoda.

Pozwany ad 3: T. G. wniósł o oddalenie powództwa, ponieważ z powodem nie łączy go żaden stosunek prawny i nie zawierał z nim żadnej umowy.

Pozwany ad 4: (...) S.A. w R. także domagał się oddalenia powództwa, chociaż nie kwestionował umowy zawartej z powodem. Stwierdził jednakże, że powód nie wykonał w całości swego zobowiązania, ponieważ nie dokonał rozruchu urządzeń. Pozwany ten w związku z niewykonaniem zobowiązania naliczył powodowi karę umowną w wysokości 158.670 zł, którą potrącił z żądaniem powoda; jego zdaniem wartość ewentualnego roszczenia powoda to kwota 331.355 zł, która winna zostać wypłacona z depozytu sądowego.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 9 kwietnia 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: V GC 184/13: oddalił powództwo wobec pozwanego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w O. (pkt 1), zasądził od pozwanych: (...) S.A. w R. i syndyka masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G. solidarnie na rzecz powoda kwotę 280.099, 68 (pkt 2), umorzył postępowanie co do kwoty 209.925, 32 zł (pkt 3), zasądził od pozwanego (...) S.A. w R. na rzecz powoda ustawowe odsetki od kwoty 490.025 zł od dnia 30 listopada 2012 r. do dnia 8 października 2013 r. (pkt 4), zasądził od pozwanego syndyka masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G. solidarnie na rzecz powoda ustawowe odsetki od kwoty 280.099,68 zł od dnia 13 września 2014 r. do dnia zapłaty (pkt 5), ustalił, iż odpowiedzialność pozwanych: (...) S.A. w R., syndyka masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G. co do ustawowych odsetek (opisanych w pkt 4 i 5 wyroku) jest solidarna w zakresie skapitalizowanych odsetek od kwoty 280.099 zł od dnia 13 września 2014 r. do dnia zapłaty (pkt 6), zasądził od pozwanych: (...) S.A. w R., syndyka masy upadłości E. of (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G. na rzecz powoda solidarnie kwotę 31.719 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 7) i zasądził od powoda na rzecz pozwanego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w O. kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 8).

Wyrok powyższy zapadł na gruncie następujących ustaleń faktycznych i motywów natury prawnej.

W dniu 10 września 2011 r. E. of (...) SA w W. (dawniej (...) SA w O.) oraz T. G. zawarli umowę konsorcjum celem wspólnego przygotowania i złożenia oferty na wykonanie robót budowlanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącego oczyszczalni miejskiej w O.. Liderem konsorcjum został E. of (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w O.). Konsorcjum złożyło swoją ofertę, wygrało przetarg i dnia 15 grudnia 2011 r. zawarło umowę z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. w O. jako inwestorem na wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania pod nazwą „Usprawnienie Procesów Technologicznych i P. (...) na terenie Miejskiej Oczyszczalni (...) w O. Część II – przebudowa piaskownika”. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 28 grudnia 2011 r. a zakończenia na 15 lutego 2013 r.; wynagrodzenie ustalono na kwotę 5.011.861, 96 zł plus należny podatek VAT a więc łącznie 6.164.590, 21 zł.

W dniu 25 maja 2012 r. E. of (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w O.) zawarł umowę z (...) S.A. w R., której powierzył jako podwykonawcy wykonanie robót budowlano- montażowych związanych z realizacją zadania „Usprawnienie Procesów Technologicznych i P. (...) na terenie Miejskiej Oczyszczalni (...) w O. Część II – przebudowa piaskownika”. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 31 maja 2012 r. a ich zakończenia na dzień 31 stycznia 2013 r., zaś wynagrodzenie określono na poziomie 3.444.000 zł.

Pismem z dnia 9 października 2012 r., a więc już po zawarciu umowy z (...) S.A. R., E. of (...) SA w W. (dawniej (...) S.A. w O.) zawiadomiło Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w O., iż część robót budowlanych zamierza powierzyć podwykonawcy, firmie (...) w R.. W załączeniu do tego pisma znalazł się tekst umowy, która faktycznie już była zawarta.

W odpowiedzi inwestor przyjął powyższe do wiadomości, stwierdzając jednak, iż pisma tego nie traktuje jako zgłoszenia, o którym mowa w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., co oznacza, że nie ponosi odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (...) S.A. w R..

W dniu 23 lipca 2012 r. (...) S.A. w R. zawarł z powodem (...) sp. z o.o. w G. umowę, przedmiotem której był montaż, rozruch technologiczny i szkolenie obsługi z dostawą urządzeń do mechanicznego oczyszczania ścieków w O.. Całość przedsięwzięcia obejmowała dwa zadania: A – urządzenia dla budynku krat i B – urządzenia dla budynku separatora. Wartość przedmiotu umowy zamykała się w sumie 1.290.000 zł plus VAT z rozbiciem na zadania: A – 880.000 zł i B- 410.000 zł.

Powód zainstalował wszystkie urządzenia objęte umową, jednakże z uwagi na brak płatności wstrzymał się ze spełnieniem wszystkich świadczeń, tj. nie dokonał rozruchu urządzeń i odmówił świadczeń serwisowych. Pozwany: (...) S.A. w R. nie zapłacił powodowi w całości należności wynikającej z umowy. Z wystawionej przez powoda faktury nr (...) do zapłaty pozostało 411.800 zł wraz z odsetkami, zaś z faktury nr (...) do zapłaty zostało 78.225 zł, chociaż w/ w pozwany uznał należności powoda i zaproponował terminy spłaty zadłużenia.

Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w O., jako inwestor, mając wątpliwości w świetle toczących się postępowań egzekucyjnych kto jest wierzycielem, niezapłaconą dotychczas należnością wynikającą z umowy, którą zawarło z konsorcjum, złożyło do depozytu sądowego.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie z dnia 7 stycznia 2014 r. ogłoszono upadłość pozwanego ad 2.

Żądanie powoda jest zasadne, co wynika z załączonych do pozwu i odpowiedzi na pozew dokumentów. W ocenie Sądu, strona dowodowa procesu oparta na dokumentach, które nie budzą żadnych jego zastrzeżeń, jest wystarczająca do wydania orzeczenia, zaś z analizy umów zawartych przez strony procesu wyłania się następujący obraz relacji gospodarczych i prawnych między poszczególnymi pozwanymi (w tym miejscu zamieszczono schemat obrazujący owe relacje).

Powód odpowiedzialności pozwanego ad 1, jak i pozostałych pozwanych, upatruje w dyspozycji art. 647<sup>1</sup> k.c. Zgodnie z treścią § 2 tego przepisu zgoda inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą jest niezbędnym warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty. Zdaniem Sądu przedstawiony materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że inwestor nie wyraził zgody na zawarcie umowy przez konsorcjum ze spółką (...) jako podwykonawcą. Treść pisma pozwanego ad 1 z dnia 12 października 2012 r. nie może pozostawiać żadnych wątpliwości w tej materii. Pozwany ten wprost odwołuje się do treści przepisu (...) k.c., zastrzegając że nie ponosi odpowiedzialności za wykonane przez podwykonawcę, (...) S.A., prace.

Ponadto pismem z dnia 9 października 2012 r. pozwany ad 2 poinformował inwestora o zamiarze zawarcia umowy z podwykonawcą (...) S.A., chociaż umowa z podwykonawcą zawarta została już dnia 25 maja 2012 r., a więc kilka miesięcy wcześniej. Oczywistym zatem jest, że inwestor nic o tej umowie nie wiedział, co zwalnia go od odpowiedzialności za roboty wykonane przez (...) S.A. Ten fakt jest ewidentnym dowodem na nieuczciwe a wręcz celowo wprowadzające w błąd działanie wykonawcy (pozwanego ad 2) wobec inwestora (pozwanego ad 1).

Kolejną kwestią jest odpowiedzialność inwestora (pozwanego ad 1) wobec powoda. Tu z kolei przywołać należy umowę podwykonawcy I. - (...) (pозwany ad 4) z dalszym podwykonawcą – powodem. W świetle art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. odpowiedzialność inwestora w łańcuszku zobowiązań wobec dalszego podwykonawcy (powoda) uzależniona

jest od jego zgody. W tym wypadku pozwany ad 2 pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r. poinformował inwestora, że podwykonawcą robót w zakresie montażu i dostawy krat prasopłuczek i separatora piasku będzie powodowa firma. W odpowiedzi inwestor w piśmie z dnia 24 sierpnia 2012 r. nie wyraził zgody ani w żaden inny sposób nie aprobował takiej umowy. O zgodę inwestora na zawarcie umowy z dalszym wykonawcą (powodem) nie zwracał się do inwestora (pозwanego ad 1) także pozwany ad 4. Tymczasem w chwili wymiany tych pism umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą była już zawarta w dniu 23 lipca 2012 r. Inwestor nie wiedział nic o tej umowie, bowiem poinformowany został o niej dopiero pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r., tym samym nie mógł wyrazić zgody na jej zawarcie. To kolejny przykład nieuczciwej praktyki zarówno pozwanego ad 2 jak i pozwanego ad 4. Z materiału dowodowego, w szczególności zeznań powódki wynika, że obie te Spółki powiązane były ze sobą osobowo. Nie sposób więc uznać, że pozwany ad 2 nie akceptował umowy zawartej przez pozwanego ad 4 z powodem. Wobec braku zgody inwestora (pозwanego ad 1), w świetle wskazanego wyżej przepisu jest on zwolniony od odpowiedzialności. Nie zmienia tego fakt, iż inwestor tolerował obecność pracowników powoda na terenie budowy. Był bowiem przekonany, że powód jest jedynie dostawcą urządzeń, z których inwestor już wcześniej korzystał ze względu na ich wysoką jakość.

Kolejną kwestią jest odpowiedzialność pozwanych ad 2 i 3 wobec powoda a w szczególności odpowiedź na pytanie: czy w świetle braku zgody T. G. na zawarcie przez pozwanego ad 2 umowy z podwykonawcą oraz braku zgody T. G. na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą, ponosi on odpowiedzialność solidarną wraz z pozwanym ad 2 wobec powoda. Z zeznań pozwanego T. G. wynika zresztą, że nie miał on wpływu na wyrażenie zgody na zawarte przez pozwanego ad 2 umowy z podwykonawcami i Sąd dał temu wiarę.

Odpowiedzialność konsorcjantów zarówno wobec inwestora jak i wobec podwykonawców jest solidarna, zaś jej źródłem jest art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem regulacji zawartej w tym przepisie jest ochrona wierzycieli a więc zarówno inwestora jak i podwykonawców i podobnie rzecz się ma z art. 647<sup>1</sup> k.c. W konsekwencji brak porozumienia między konsorcjantami nie ma znaczenia dla ich kontaktów zewnętrznych. Inaczej mówiąc umowy zawarte przez jednego z konsorcjantów, nawet bez zgody drugiego, są w pełni skuteczne wobec kontrahenta i co najważniejsze skutkujące ich wspólną solidarną odpowiedzialnością. Nie ma wpływu na byt tej odpowiedzialności wewnętrzne porozumienie między konsorcjantami. Jeżeli zatem doszło do przekroczenia tego wewnętrznego porozumienia (umowy konsorcjum) to ma to znaczenie wyłącznie między nimi a nie odnosi skutku wobec podmiotów zewnętrznych. W konsekwencji, bez względu na specyfikę wewnętrznych stosunków między pozwanymi ad 2 i 3, drugi z nich ponosi solidarną odpowiedzialność wobec powoda na zasadzie art. 647<sup>1</sup> § 3 i 5 k.c. Pozwany ad 2 jako konsorcjant wyraził zaś zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą (...) S.A. w R. i z dalszym podwykonawcą – powodem.

W świetle powyższych rozważań, nie budzi wątpliwość odpowiedzialność (...) S.A. wobec powoda, bowiem łączy ich bezpośrednia umowa, która w ocenie Sądu jest umową o roboty budowlane. Niewątpliwie była to część dużej inwestycji wykonywanej w ramach zamówień publicznych, według projektu budowlanego, pod nadzorem inspektora nadzoru. Daje to podstawy do takiej właśnie kwalifikacji umowy. Podnieść w tym miejscu należy bezzasadne obciążenie powoda karą umowną przez tego pozwanego, ponieważ nie zostało ono w żaden sposób udowodnione.

W konkluzji Sąd stwierdził, że żądanie powoda, zarówno co do zasady jak i wysokości, jest skuteczne wobec pozwanych, z wyjątkiem pozwanego ad 1 jako inwestora.

Problemem wymagającym wyjaśnienia była kwestia prawidłowego oznaczenia pozwanego ad 2, ponieważ Sąd Rejonowy w Olsztynie ogłosił jego upadłość. W związku z tym niniejsze postępowanie wobec tego pozwanego zostało zawieszona na zasadzie art. 174 § 1 pkt. 4 k.p.c. i jednocześnie wezwano syndyka do wzięcia udziału w sprawie. Ponieważ postępowanie dotyczy masy upadłości, syndyk nie ma możliwości odmowy wstąpienia do postępowania (odmówić może jedynie wówczas gdy należność będąca przedmiotem procesu nie wchodzi w skład masy upadłości). Z tego względu Sąd błędnie przyjął na rozprawie w dniu 17 lutego 2015 r., że postępowanie toczy się z udziałem upadłego. Reprezentuje go w tym procesie syndyk a wynika to z art. 144 ust. 1 P.u.in. W konsekwencji, prawidłowe oznaczenie pozwanego ad 2 powinno brzmieć: syndyk masy upadłości „E. of (...) and (...)”.A. w W. w upadłości likwidacyjnej.

Tak też przyjęto w wyroku. Jednocześnie wobec tego pozwanego, na czas trwania postępowania upadłościowego, powodowi przysługuje zgłoszenie wierzytelności sumy objętej wyrokiem.

W piśmie procesowym z dnia 15 października 2014 r., w którym ograniczono żądanie pozwu, powód na nowo określił żądanie dotyczące odsetek. W innej wysokości powód żąda odsetek od pozwanego ad 4 a w innej od pozwanych ad 2 i 3. Solidarna odpowiedzialność wszystkich tych pozwanych ograniczona winna być do kwoty mniejszej, jako wspólnej wszystkim pozwanym. Z tego względu w pkt 6 wyroku należało zawrzeć stosowne orzeczenie w tej kwestii.

Apelację od tego wyroku wywiódł pozwany T. G., który zaskarżył wyrok w całości i zarzucił temu orzeczeniu:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

1. art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię - polegającą na przyjęciu, iż stanowi on źródło solidarnej odpowiedzialności pozwanego ad 3 T. G. wobec powoda, podczas gdy przepis ten dotyczy jedynie odpowiedzialności wykonawcy względem Inwestora - skutkującej jego błędnym zastosowaniem w stanie faktycznym sprawy,

2. art. 647<sup>1</sup> § 2, 3 i 5 k.c. poprzez:

a) jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż:

- umowa łącząca pozwanego ad 4 z powodem ma charakter umowy o roboty budowlane i jest oceniana na zasadzie art. 647<sup>1</sup> § 3 i 5 k.c., podczas gdy w jej treści wskazano wyraźnie, iż nie obejmuje ona swoim zakresem robót budowlanych, powód był jedynie sprzedawcą urządzeń a nie ich producentem, zaś same urządzenia nie były wbudowane na stałe w oczyszczalnię ścieków,

b) jego błędne zastosowanie w stanie faktycznym sprawy i uznanie, iż pozwany ad 3 ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia powoda, podczas gdy brak jest ku temu przesłanek przewidzianych w w/w przepisie, w szczególności:

- pozwany ad 3 nie był stroną umowy podwykonawczej zawartej przez pozwanego ad 2 z pozwanym ad 4 i pozwany ad 2 zawierając przedmiotową umowę działał na własną rzecz i we własnym imieniu,
- pozwany ad 3 nie wiedział o fakcie zawarcia umowy podwykonawczej przez pozwanego ad 2 z pozwanym ad 4,
- pozwany ad 3 nie wiedział o zawarciu umowy przez pozwanego 4 z powodem,
- pozwany ad 3 nigdy nie wyrażał zgody, w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c., na zawarcie przez pozwanego ad 4 umowy z powodem,
- powód nie udowodnił aby uzyskał zgodę pozwanego ad 2 na zawarcie przez pozwanego ad 4 umowy z powodem, przy czym, nawet jeżeli pozwany ad 2 wyraziłby takową zgodę, nie można wywodzić, iż wywołałaby ona skutek względem pozwanego ad 3,
- umowa zawarta przez pozwanego 4 z powodem nie miała charakteru umowy o roboty budowlane i nie była objęta zakresem art. 647<sup>1</sup> k.c., zaś powód nie był producentem zamontowanych urządzeń a jedynie ich sprzedawcą, zaś zleczone mu prace nie obejmowały robót budowlanych.

II. naruszenie przepisów prawa procesowego tj.:

1. art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające w szczególności na: braku wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego poprzez pominięcie przez Sąd Okręgowy w Olsztynie przy orzekaniu dowodu z dokumentu (znajdującego się w aktach sprawy) w postaci pisma pozwanego ad 2 skierowanego

do pozwanego ad 4 dnia 29.08.2012 r., w treści, którego pozwany ad 2 nie wyraża zgody na zawarcie przez pozwanego ad 4 umowy z powodem - skutkującego nieuzasadnionym przyjęciem przez Sąd, iż pozwany ad 2 przedmiotową zgodę wyraził,

2. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku:

- oceny oraz odniesienia do dowodu z dokumentu (znajdującego się w aktach sprawy) w postaci pisma pozwanego ad 2 skierowanego do pozwanego ad 4 z dnia 29.08.2012 r., w treści którego pozwany ad 2 nie wyraził zgody na zawarcie przez pozwanego ad 4 umowy z powodem, co skutkowało nieuzasadnionym przyjęciem przez Sąd, iż pozwany ad 2 przedmiotową zgodę wyraził,
- wskazania na podstawie jakich dowodów Sąd Okręgowy w Olsztynie oparł ustalenie, iż pozwany 2 wyraził zgodę na zawarcie przez pozwanego ad 4 umowy z powodem, co uniemożliwia apelującemu dokonanie oceny słuszności ustaleń poczynionych przez Sąd.

W zgodzie z powyższym, wniósł o: zmianę zaskarżonego wyroku, polegającą na oddaleniu powództwa wobec pozwanego T. G. w całości, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego T. G. kosztów procesu według norm przepisanych za obie instancje.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego ad 3 domagał się jej oddalenia i zasądzenia na jego rzecz od strony apelującej kosztów procesu w instancji odwoławczej.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja pozwanego ad 3 zasługiwała na uwzględnienie, pomimo nietrafności znacznej części jej argumentów.**

Prezentowane przez apelującego stanowisko (zarzut zawarty w pkt I.2 apelacji) zmierzające do podważenia oceny węzła obligacyjnego łączącego powoda z pozwanym ad 4 jako umowy o roboty budowlane nie uwzględnia przeważającego obecnie w doktrynie i judykaturze poglądu, wedle którego wynikającą z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. ochroną są objęci zarówno podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i ci działający na podstawie umowy o dzieło. Z odwołania się w powyższym przepisie do robót budowlanych wykonanych przez podwykonawcę należy jedynie wywieść wymaganie, aby rezultat świadczenia podwykonawcy spełnionego na podstawie umowy z wykonawcą składał się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane. Nie są natomiast niewątpliwie umowami o podwykonawstwo w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych (tak S.N. w wyroku z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08, op. w OSP 2010/9/92, zob. także częściowo odmiennie S.N. w wyroku z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, op. w OSNC 1998/12/207).

W zgodzie z powyższym, wszelkiego rodzaju zobowiązania podwykonawcy wobec wykonawcy generalnego lub innego podwykonawcy związanego umową z generalnym wykonawcą, dotyczące dostawy określonych urządzeń stanowiących element wyposażenia przedmiotu inwestycji budowlanej i ich montażu, winny być oceniane jako element umowy o roboty budowlane bądź umowy o dzieło, a nie umowy dostawy lub sprzedaży, która nie podlega ocenie na zasadzie art. 647<sup>1</sup> k.c. (por. S.N. w uzasadnieniu pierwszego z powołanych wyżej orzeczeń).

Sąd Apelacyjny, w ślad za swoim wcześniejszym orzecznictwem, podkreśla ponadto, że o zakwalifikowaniu zobowiązania jako umowy o roboty budowlane decydują jego cechy przedmiotowe. Jeżeli zatem przedmiotem kontraktu jest przedsięwzięcie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, w umowie nadto przewidziano wymóg projektowania i zindywidualizowany nadzór, to umowę należy kwalifikować jako umowę o roboty budowlane. Wskazuje się też, iż zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o

dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań Prawa budowlanego, o ile przedmiotem umowy o dzieło jest jego wykonanie (art. 627 k.c.), to w art. 647 k.c. nie chodzi o samo tylko wykonanie obiektu, lecz także o sposób jego wykonania - zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Poza tym, jeżeli strona (w niniejszej sprawie pozwany ad 3) twierdzi, że umowa nie jest umową o dzieło lub o roboty budowlane (art. 647 k.c.), powinna wykazać, że zawiera ona cechy pozwalające na inne jej zakwalifikowanie (art. 6 k.c.)(por. S.A. w B. z dnia 29 maja 2015 r., I A Ca 141/15, LEX nr 1746801).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, uznać należy przedmiot umowy z dnia 23 lipca 2012 r., określony w jej § 1 ust. 1 (k.39), za noszący w przeważającej części znamiona umowy o dzieło (w zakresie wykonanego przez powoda zlecenia dostawy i montażu urządzeń, z tytułu czego dochodzi on w niniejszej sprawie umówionego wynagrodzenia) oraz w niewielkim i dotychczas niewykonanym zakresie rozruchu i szkolenia obsługi – umowy zlecenia. W tych warunkach powód może w niniejszej sprawie sięgać do przepisu art. 647<sup>1</sup> k.c. jako podstawy oceny zasadności jego roszczenia; o ile wystarcza to jednak na obciążenie obowiązkiem zapłaty pozwanego ad 4, który w swojej obronie powoływał się nieskutecznie jedynie na domniemany zarzut potrącenia swojego długu z naliczonymi karami umownymi (o czym będzie mowa w dalszych partiach tego uzasadnienia, również w kontekście podniesionego na rozprawie apelacyjnej zarzutu możliwości zaspokojenia wierzytelności powody z kwoty zdeponowanej przez inwestora), to nie sposób przyjąć, że powód udowodnił także podstawy odpowiedzialności wobec niego obu konsorcjantów, a więc pozwanych ad 2 i 3.

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. dla zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora i wykonawcy, przy czym przepis § 2 zdanie drugie k.c. stosuje się odpowiednio. Termin 14 dni liczony jest zatem osobno w odniesieniu do inwestora i wykonawcy. Skutek upływu tego terminu w postaci dorozumianej zgody następuje osobno w odniesieniu do każdej z tych osób. Każda z nich może także przed upływem tego terminu złożyć oświadczenie, zawierające zgodę albo odmowę jej wyrażenia (por. T. Sokołowski w tezie 10 do art. 647<sup>1</sup> k.c. w Komentarzu pod red. A. Kidyby, Wydanie II, LEX,2014).

Osią sporu między stronami tego procesu jest właśnie ustalenie, czy pozwany ad 4 zawierając umowę o charakterze podwykonawczym z powodem legitymował się zgodą pozwanego ad 2 jako lidera konsorcjum wykonawców, o której mowa w powyższym przepisie. Sąd Okręgowy lakonicznie przesądzając tą wątpliwość na korzyść powoda (zob. uzasadnienie zaskarżonego wyroku, drugi akapit od góry, k. 562) nie uwzględnił dostatecznie treści i wymowy zebranych na analizowane okoliczności dowodów i nakazów obowiązującego prawa, zaś przedstawione w apelacji zarzuty naruszenia w skarżonym rozstrzygnięciu art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. należy w tych warunkach uznać za w pełni zasadne.

Umowa łącząca strony w jej § 8 ust. 1 zobowiązywała pozwanego ad 4 do zawiadomienia inwestora i wykonawcy o zawarciu umowy z powodem jako „mianowanym podwykonawcą” (k. 41), co pierwszy z wymienionych uczynił zawiadamiając generalnego wykonawcę. Pozwany ad 2 jako lider konsorcjum (generalnego wykonawcy) wystąpił z kolei do inwestora z pismem datowanym na dzień 20.08.2012 r. (k. 45), w którym zawiadamiał o zawarciu umowy z powodem jako podwykonawcą (Sąd I instancji zinterpretował je niezasadnie jako przejaw zgody konsorcjum). W odpowiedzi na to wystąpienie inwestor w swoim piśmie z dnia 24.08.2012 r. (k.135) zawiadomił wykonawcę, że przyjmuje informację o powodzie jako firmie współpracującej z wykonawcą, ale nie jako zawiadomienie, o którym mowa w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., co pozwany ad 2 ocenił zasadnie jako odmowę wyrażenia zgody na zatrudnienie dalszego podwykonawcy i w piśmie z dnia 29.08.2012 r. (k. 279) zawiadomił pozwanego ad 4, że odmawia zgody, w ślad za odmową inwestora, na powołanie powoda jako kolejnego podwykonawcy. To ostatnie pismo zostało odebrane przez organ spółki (...) jeszcze w dzień jego sporządzenia.

Sąd Okręgowy analizując ciąg powyższych zdarzeń prawidłowo przyjął, że inwestor z pewnością nie wyraził zgody na zawarcie umowy z dnia 23.07.2012 r., co zwolniło go z odpowiedzialności solidarnej wobec powoda. Konstatacja tej treści nie doprowadziła jednak Sądu do zakwestionowania również odpowiedzialności konsorcjum wykonawców, chociaż brak zgody pozwanego ad 2 wyrażony w piśmie z dnia 29.08.2012 r. uchylał także ich odpowiedzialność.

Trudno bowiem uznać, że lider konsorcjum wykonawców, który oświadczył (ze skutkiem dla obu konsorcjantów – por. wyrok S.A. w Poznaniu z dnia 7 stycznia 2014 r., I A Ca 1089/13, LEX nr 1439249), że nie zgadza się na wykonywanie robót przez podwykonawcę, a więc w sposób czynny, mógł wyrazić zgodę na umowę o podwykonawstwo np. tolerując obecność podwykonawcy na budowie, czy odbierając wykonane przez niego roboty. Wykonawca, który wyraźnie nie zgodził się na to, by roboty były wykonywane przez dalszego podwykonawcę nie ma obowiązku ciągłego powtarzania tego sprzeciwu, natomiast winien wprost dać wyraz temu, że zmienił zdanie (por. S.A. w B. w wyroku z dnia 26 czerwca 2014 r., I A Ca 172/14, LEX nr 1489036).

Zebrany materiał dowodowy nie potwierdza aby pozwany ad 2 wyraził w terminie późniejszym wolę odwołania stanowiska zajętego w piśmie z dnia 29.08.2012 r.; wprost przeciwnie, przesłuchani w sprawie świadkowie niezwiązani z powodem (E. B., J. P., A. S.) konsekwentnie zaprzeczali aby powód był uznawany za podwykonawcę. W tych warunkach nakaz przedstawienia dowodów potwierdzających istnienie podstaw solidarnej odpowiedzialności wykonawcy (konsorcjantów) oraz pozwanego ad 4 niewątpliwie obciążał powoda, który obowiązkowi temu nie sprostał (por. S.A. w P. w tezie 2 wyroku z dnia 5 września 2013 r., I A Ca 567/13, LEX nr 1381492).

Postawa pozwanego ad 4, który nie powiadomił powoda o niezgodzie wykonawcy na zawarcie umowy z dnia 23.07.2012 r., chociaż może być oceniona jako przejaw nielejalności a nawet nieuczciwości, nie zmienia powyższych ustaleń. Umowa nie nakładała zresztą na (...) S.A. w R. obowiązku zawiadomienia powoda jako dalszego podwykonawcy o nieudzieleniu zgody z art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. (por. § 8 umowy).

Zasadność przeanalizowanego wyżej zarzutu apelacji doprowadziła do podważenia zaskarżonego wyroku; jedynie marginalnie wspomnieć więc należy o przyczynach nietrafności pozostałych twierdzeń prezentowanych przez apelującego także na rozprawie dnia 3 grudnia 2015 r.

Odwołująca się ogólnie do treści art. 470 k.c. teza o zaspokojeniu się powoda z kwoty złożonej do depozytu sądowego przez inwestora, z której ten pierwszy uzyskał już sumę 209.925,32 zł, co znosić miało odpowiedzialność solidarną pozwanych w tej sprawie, nie znalazła potwierdzenia w zebranych dowodach. Podkreślić bowiem należy, iż w postępowaniu o złożenie do depozytu oraz w postępowaniu o jego wydanie nie dochodzi do rozstrzygnięcia sporu między wierzycielami o przysługujące im kwoty, ponieważ może to mieć miejsce jedynie w procesie w następstwie wydania wyroku lub zawarcia ugody, ewentualnie poprzez zawarcie umowy poza postępowaniem sądowym, która rozwiąże te kwestie. Strony mogą więc dowodzić, również w tym procesie, jako przesłankę prejudycjalną, że w kwocie złożonej przez inwestora do depozytu sądowego znajduje się reszta dochodzonej przez powoda sumy, i że zdeponowany przedmiot świadczenia jest zgodny z treścią przedmiotowego zobowiązania. Dowód taki jednak nie tylko nie został przeprowadzony (a co do zasady – art. 6 k.c. – obciążał on pozwanych), ale wprost przeciwnie, pozwani ad 1-3 podjęli skuteczną próbę udowodnienia że nie odpowiadają solidarnie za zobowiązanie własne pozwanego ad 4 (por. S.N. w uchwale-7- z dnia 19 maja 1951 r., C 27/15, OSNC 1951, nr 3, poz. 62 oraz wyrok S.A. w Białymstoku w wyroku z dnia 30 stycznia 2014 r., I A Ca 697/13, LEX nr 1437881).

Równie nieskuteczna była zaprezentowana na rozprawie apelacyjnej sugestia, że powód domaga się w niniejszej sprawie wyższego wynagrodzenia od tego, które zakontraktował w umowie. Porównanie kwot brutto z faktur wystawionych przez powoda oraz ich zsumowanie z kwotą dochodzoną pozwem (k. 4, 52, 54, 56 i 60) wskazuje, że powód domaga się zapłaty sumy o ok. 50.000 zł niższej od wynagrodzenia przewidzianego w umowie i zgodne jest to z bezsporną okolicznością niewykonania przez powoda niewielkiej części jego zobowiązania, za którą wynagrodzenie nie przysługuje.

Wierzytelność powoda nie została także skutecznie potrącona z domniemaną należnością pozwanego ad 4 z tytułu kar umownych, których zapłata została zastrzeżona w § 7 ust. 1 umowy z dnia 23.07.2012 r. na wypadek przekroczenia terminu dostawy urządzeń, których dostarczenia podjął się powód. Bezspornie przedmioty te trafiły terminowo na miejsce inwestycji a powód wstrzymał się jedynie na zasadzie art. 490 k.c. od spełnienia świadczenia pod postacią dokonania rozruchu zamontowanych urządzeń i przeprowadzenia szkolenia pracowników obsługi, do czego miał prawo w świetle bezpodstawnego zalegania przez pozwanego ad 4 z zapłatą za dotychczas wykonane dzieło. Takiego



zachowania powoda nie sposób ocenić jako zawinonego przyczynienia się do powstania opóźnienia a w konsekwencji nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.).

Apelujący niezasadnie kwestionuje również przyjętą przez Sąd Okręgowy podstawę prawną wspólnej odpowiedzialności obu konsorcjantów, a mianowicie art. 141 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 (a więc podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie publiczne), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W obecnym stanie prawnym nie budzi wątpliwości pogląd, że członkowie konsorcjum ponoszą jako wykonawcy solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawców, nawet wówczas, gdy ich zobowiązanie wynika z umowy zawartej tylko przez jednego z nich (lidera konsorcjum). Podobnie należy oceniać współodpowiedzialność konsorcjantów wynikłą z udzielenia przez jednego z nich zgody wykonawcy, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. (por. S.N. w wyroku z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, op. w OSNC 2009/9/130 oraz S.A. w P. w wyroku z dnia 17 stycznia 2014 r., I A Ca 1089/13, LEX nr 1439249).

Wspólność praw i obowiązków konsorcjantów, wyczerpująca znamiona współuczestnictwa materialnego opisanego w art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., w warunkach skuteczności środka odwoławczego złożonego tylko przez jednego z nich uzasadnia rozpoznanie sprawy także na rzecz konsorcjanta nieapelującego. Zgodnie z art. 378 § 2 zdanie pierwsze k.p.c. w granicach zaskarżenia sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, gdy będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są dla nich wspólne.

Sąd Apelacyjny akceptuje w związku z powyższym obecny w orzecznictwie pogląd wskazujący, że zawarte w przepisie określenie "sąd może" należy traktować w istocie jako powinność, jeżeli bowiem zarzuty apelacyjne są wspólne dla dłużników solidarnych (jak w niniejszej sprawie), zasądzenie od nich należności w różnej wysokości nie znajduje uzasadnienia (tak S.N. w tezie 1 wyroku z dnia 23 lipca 2014 r., IV CSK 506/13, LEX nr 1506516). Sąd II instancji rozpoznając w granicach zaskarżenia apelację również na rzecz nieapelującego konsorcjanta bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (art. 378 § 1 k.p.c.) i sytuacja taka zaszła w analizowanym przypadku.

Sąd Okręgowy w postanowieniu z dnia 31 grudnia 2014 r. (k. 415) zawiesił na zasadzie art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. postępowanie w sprawie wobec pozwanego ad 2, który znalazł się w stanie upadłości z likwidacją majątku dłużnika na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Olsztynie V Wydziału Gospodarczego z dnia 7 stycznia 2014 r. (k. 332). Proces został podjęty z udziałem upadłego, ponieważ Sąd Okręgowy uznał przedmiot sporu za niedotyczący masy upadłości. W takiej sytuacji, pomimo wynikającego z art. 144 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego nakazu dalszego prowadzenia postępowania przeciwko syndykowi, upadły zachował, zdaniem tego Sądu, legitymację procesową nie tylko w znaczeniu materialnym ale również formalnym (por. S.A. w W. w wyroku z dnia 31 marca 2015 r., VI A Ca 481/14, LEX nr 1680077, S.A. w K. w wyroku z dnia 20 listopada 2012 r., I A Ca 1034/12, LEX nr 1289453 a ponadto S.N. w tezie 1 wyroku z dnia 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, LEX nr 277283).

Syndyk masy upadłości pozwanego ad 2 został w tych warunkach jedynie zobowiązany do złożenia w terminie 14 dni oświadczenia, czy wstępuje do procesu (k. 344), zaś jego milczenie potraktowano jako odmowę zgodną z domniemaniem z art. 65 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego. W konsekwencji już do końca procesu w pierwszej instancji syndyk nie brał w nim udziału i nie był zawiadamiany o terminach rozprawy; również na ostatnim z nich odnotowano jedynie prawidłowe zawiadomienie znajdującego się w stanie upadłości pozwanego ad 2 a nie syndyka (por. protokół skrócony z rozprawy dnia 30.03.2015 r., k. 517 i zwrotny dowód doręczenia, k. 493), pomimo tego, że były pełnomocnik pozwanego ad 2 wskazywał na niestosowność kierowania do niego korespondencji w sytuacji, gdy wyłącznie upoważnionym do jej odbioru był syndyk masy upadłości (zob. pismo, k. 490). Ostatecznie dopiero po zamknięciu przewodu sądowego, na etapie odroczenia publikacji wyroku, Sąd Okręgowy słusznie uznał, że sprawa powinna toczyć się z udziałem syndyka a nie upadłego, co jednak nie spowodowało go do otwarcia przewodu sądowego na nowo celem umożliwienia syndykowi podjęcia obrony interesów pozwanego ad 2. Zaskarżony wyrok zawiera więc prawidłowe oznaczenie tej strony, ale nie zmienia to faktu, że orzeczenie dotknięte jest w tym zakresie nieważnością.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd, wedle którego postępowanie sądowe należy zawsze uznać za dotyczące masy upadłości, jeżeli jego wynik mógłby mieć wpływ na jej stan i możliwość zaspokojenia się z niej. Do spraw tych zalicza się postępowania, w których upadłemu przypada rola powoda jak i pozwanego, bez różnicy czy chodzi w nich o pozycje czynne czy bierne masy upadłości, jak też, czy jest to spór o świadczenie, ukształtowanie lub ustalenie. Przedmiotowe postępowanie spełnia powyższe przesłanki, ponieważ bezpośrednio wpływa na stan środków, z których mogą zaspokoić się wierzyciele upadłego (por. S.N. w tezie 2 wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r., III CSK 244/08, LEX nr 523687).

Podstawienie procesowe syndyka w miejsce upadłego jest podstawieniem bezwzględny, przy którym legitymację procesową ma tylko podmiot podstawiony. Zaniechanie wezwania syndyka do udziału w sprawie prowadzi w takiej sytuacji do zaistnienia podstawy nieważności postępowania z art. 379 pkt 5 k.p.c. (tak S.N. w wyroku z dnia 27 czerwca 2014 r., V CSK 459/13, op. w M. Pr. Bank.2015/3/52, por. także J. Bodio w tezie 8 Komentarza do art. 174 k.p.c., WKP,2012, Wydanie V, podobnie A. Jakubecki, zob. również, w nieco odmiennym stanie faktycznym i prawnym, S.N. w wyroku z dnia 7 listopada 2006 r., I CSK 224/06, LEX nr 276251).

Mając na uwadze powyższe, należało uchylić zaskarżony wyrok w stosunku do obu konsorcjantów celem umożliwienia Sądowi I instancji wydania jednakowego rozstrzygnięcia wobec tych pozwanych, przy czym postępowanie dotyczące pozwanego ad 2, jako dotknięte nieważnością, zostało zniesione za okres, w którym w procesie uczestniczył upadły, a nie syndyk. Sąd Apelacyjny rozstrzygnął o tych kwestiach na zasadzie art. 386 § 2 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w zgodzie z dyspozycją art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

(...)