

Sygn. akt I AGa 50/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Dariusz Małkiński (spr.) SO del. Grażyna Wołosowicz
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

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

przeciwko **1) (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i 2) T. G.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 26 lipca 2017 r. sygn. akt V GC 25/16

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz pozwanych ad 1 i 2 kwoty po 8.100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód: (...) sp. z o.o. w G. wystąpił z powództwem o solidarną zapłatę na jego rzecz kwoty 490.025 zł przez pozwanych: 1) (...) w O., 2) (...) S.A. w W., 3) T. G. i 4) (...) S.A. w R. tytułem należności za dostarczenie, montaż oraz rozruch technologiczny urządzeń(...) w O. a ponadto szkolenie jej obsługi.

Pozwany ad 1: (...) 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: (...)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, co 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 jakiegokolwiek umowy.

Pozwany ad 4: (...) S.A. w R. także domagał się oddalenia powództwa, chociaż nie kwestionował umowy zawartej z powodem. Stwierdził jednak, 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 wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: V GC 184/13: oddalił powództwo wobec pozwanego (...) w O. (pkt 1), zasądził od pozwanych: (...) S.A. w R. i syndyka masy upadłości (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G. solidarnie na rzecz powoda kwotę 280.099, 68zł (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(...)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(...) 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 2011r. (...)SA w W. (dawniej (...) S.A. 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 (...)S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w O.). Konsorcjum złożyło swoją ofertę, wygrało przetarg i dnia 15 grudnia 2011 r. zawarło umowę z(...) w O. jako inwestorem na wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania pod nazwą „Usprawnienie Procesów Technologicznych i Przebudowa Obiektów na terenie (...) 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. (...) 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 Przebudowa Obiektów na terenie (...)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., (...)w W. (dawniej (...) S.A. w O.) zawiadomiło (...) w O., iż część robót budowlanych zamierza powierzyć podwykonawcy, (...)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. 647z ind. 1§ 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.

(...) w O., jako inwestor, mając wątpliwości w świetle toczących się postępowań egzekucyjnych kto jest wierzycielem, niezapłaconą dotychczas należność 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.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał roszczenie powoda za zasadne. Wskazał, że 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 pozostawia żadnych wątpliwości w tej materii. Pozwany ten wprost odwołuje się do treści przepisu 647<sup>1</sup>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. Sąd ten zauważył, że 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 (pozwanego 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 powoda wynikało, 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. Sąd uznał, że wobec braku zgody inwestora (pozwanego ad 1), w świetle wskazanego wyżej przepisu jest on zwolniony od odpowiedzialności. Dodał, że 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. wynikało zresztą, że nie miał on wpływu na wyrażenie zgody na zawarte przez pozwanego ad 2 umowy z podwykonawcami i Sąd dał temu wiarę.

Dalej Sąd wskazał, że 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. 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 ocenie Sądu nie budziła również wątpliwości odpowiedzialność (...) S.A. wobec powoda, gdyż łączyła ich bezpośrednia umowa, która w ocenie Sądu jest umową o roboty budowlane. W konkluzji Sąd ten uznał, że żądanie powoda, zarówno co do zasady jak i wysokości, jest skuteczne wobec pozwanych, z wyjątkiem pozwanego ad. 1 jako inwestora.

Sąd zwrócił również uwagę na kwestię prawidłowego oznaczenia pozwanego ad 2, ponieważ Sąd Rejonowy w Olsztynie ogłosił jego upadłość. Zdaniem Sądu reprezentuje go w tym procesie syndyk (art. 144 ust. 1 P.u.in.), w konsekwencji, prawidłowe oznaczenie powinno brzmieć: Syndyk Masy Uadłości (...) S.A. w W. w upadłości likwidacyjnej.

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 z ind.1 § 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 z ind.1 § 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.

Wskazując na powyższe 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.

**Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 18 grudnia 2015 r. uchylił zaskarżony wyrok w punktach 2, 5, 6 i 7 w części dotyczącej pozwanych: Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. i T. G., zniósł postępowanie wobec pierwszego z wymienionych pozwanych za okres od dnia 25 marca 2014 r. do dnia 30 marca 2015 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.**

W uzasadnieniu wskazał, że osiã sporu między stronami niniejszego postępowania było 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 art. 647<sup>1</sup> § 3 k.p.c. Ocenil, że Sąd Okręgowy lakonicznie przesadzając tą wątpliwość na korzyść powoda nie uwzględnił dostatecznie treści i wymowy zebranych na analizowane okoliczności dowodów i nakazów obowiązującego prawa. Zwrócił również uwagę, że Sąd I instancji analizując ciąg powyższych zdarzeń prawidłowo przyjął, że inwestor z pewnością nie wyraził zgody na zawarcie umowy z dnia 23 lipca 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 sierpnia 2012 r. uchylał także ich odpowiedzialność. Zdaniem Sądu trudno jest przyjąć, że lider konsorcjum wykonawców, który nie zgodził się na wykonywanie robót przez podwykonawcę w sposób czynny mógł wyrazić zgodę na umowę o podwykonawstwo np. tolerując obecność podwykonawcy na budowie, czy odbierając wykonane przez niego roboty. Ponadto zebrany materiał dowodowy nie potwierdził również, aby pozwany ad 2 wyraził w terminie późniejszym wolę odwołania stanowiska zajętego w piśmie z dnia 29 sierpnia 2012 r. Również świadkowie przesłuchani w sprawie (E. B., J. P., A. S.) konsekwentnie zaprzeczali, aby powód był uznawany za podwykonawcę. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nakaz przedstawienia dowodów potwierdzających istnienie podstaw solidarnej odpowiedzialności wykonawcy (konsorcjantów) oraz pozwanego ad 4 niewątpliwie obciążał powoda, który obowiązkowi powyższemu nie sprostał.

Dalej Sąd wskazał, że apelujący niezasadnie kwestionował 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. Należało zatem przyjąć, 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). 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.

Zwrócił również uwagę, że Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 31 grudnia 2014 r. 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. Proces został podjęty z udziałem upadłego, ponieważ Sąd Okręgowy uznał przedmiot sporu za nie dotyczący masy upadłości. W konsekwencji już do końca procesu w pierwszej instancji syndyk nie brał w nim udziału i nie był zawiadamiany o terminach rozprawy. 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.

W tej sytuacji zaniechanie wezwania syndyka do udziału w sprawie prowadziło do nieważności postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.) i w konsekwencji do uchylenia zaskarżonego wyroku w stosunku do obu konsorcjantów celem umożliwienia Sądowi I instancji wydania jednakowego rozstrzygnięcia wobec tych pozwanych. Postępowanie dotyczące pozwanego ad 2, jako dotknięte nieważnością, zostało zniesione za okres, w którym w procesie uczestniczył upadły, a nie syndyk.

**Sąd Okręgowy w Olsztynie wyrokiem z dnia 26 lipca 2017 r. oddalił powództwo do obu pozwanych; zasądził od powoda na rzecz Syndyka Masy Upadłości(...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w W. kwotę 12. 617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed sądami obu instancji; zasądził od powoda na rzecz T. G. tytułem zwrotu kosztów postępowania za obie instancje kwotę 26.622 zł, w tym kwotę 12.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd ten wskazał, że na obecnym etapie postępowania kluczowe było ustalenie czy pozwany ad 2 (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w O.) oraz pozwany ad 3 T. G. działający wspólnie jako konsorcjanci ponoszą odpowiedzialność solidarną za długi firmy (...). Sąd Okręgowy kierował się przy tym wskazówkami Sądu Apelacyjnego, który uznał, że brak zgody pozwanego ad 2 wyrażony w piśmie z 29 sierpnia 2012 r uchylał także ich odpowiedzialność. Z uwagi na fakt, że postępowanie wobec pozwanego ad 2 zostało dotknięte nieważnością, zaś powód zarzucił, iż dokument z dnia z 29 sierpnia 2012 r. został sfalszowany, Sąd I instancji zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie. Jako, że Sąd dysponował jedynie kserokopią tego pisma, zaś jego oryginał, który miał się znajdować w aktach spraw karnych o sygnaturach II Ds 1114/13 i II Ds 2212/14 nie został odnaleziony, dopuścił dowód z zeznań świadków na okoliczność, czy pismo, którego autorem był pozwany ad

2 zostało stworzone i doręczone. Świadek P. P. (1), który w owym czasie pełnił również funkcję prezesa spółki (...) S.A. w R., potwierdził swój podpis złożony na tym piśmie oraz charakterystyczny układ pisma właściwy dla dawnej spółki (...). Z tymi zeznaniami korespondowały również zeznania świadka N. P., który był radcą prawnym w tej firmie i obsługiwał zarówno pozwanego ad 2 jak również (...) S.A. w R. oraz potwierdził fakt sporządzenia tegoż pisma w jego kancelarii.

Powyższe ustalenia prowadziły do wniosku, że pismo to zostało stworzone i doręczone do adresata, a wobec wyrażenia przez pozwanego ad 2 odmowy zgody na zawarcie umowy z powodem jako podwykonawcą, brak było podstaw do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, o jakiej mowa w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na mocy art. 98 k.p.c.

**Apelację od tego wyroku wywiódł powód, który zaskarżając wyrok w całości zarzucił:**

**1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.**

- art. 647<sup>(1)</sup> § 2, 3 k. c. (w brzmieniu na dzień zawarcia umowy) poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że (...) S. A. (obecnie (...) S. A.) w upadłości likwidacyjnej, wyraził w terminie sprzeciw na zawarcie przez (...) S. A. (podwykonawcę pozwanych ad 1 i ad 2) umowy z dnia 23 lipca 2012 r. z powodem, w sytuacji, gdy o w/w umowie powziął wiedzę w dniu 23 lipca 2012 r., a sprzeciw został przez niego jakoby wyrażony w dniu 29 sierpnia tj. po upływie 14- dniowego terminu wskazanego w art. 647<sup>(1)</sup> § 2, 3 k. c.;

- art. 647<sup>1</sup> § 5 k. c. (w brzmieniu na dzień zawarcia Umowy) poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy pozwany ad 1 nie wyraził terminowo sprzeciwu na zawarcie umowy między (...) S. A. (podwykonawcą pozwanych ad 1 i ad 2) a powodem, zatem zarówno on, jak i pozwany ad 2 są objęci odpowiedzialnością solidarną z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.;

**2. naruszenie przepisów prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w tym:**

- art. 6 k.c. poprzez błędne uznanie, że to powód winien wykazać, czy pozwany ad 1 wyraził zgodę na zawarcie przez (...) S.A. (podwykonawcę pozwanych ad 1 i ad 2 umowy z powodem, a jeśli tak to czy doszło do niej w terminie wskazanym w art. 647<sup>1</sup> § 2, 3 k. c., w sytuacji, gdy to na pozwanym ad 1 ciążył obowiązek udowodnienia, że wyraził skuteczny sprzeciw na zawarcie wskazanej umowy, którego to obowiązku nie dopełnił;

- art. 246 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie i przesłuchanie świadków oraz stron na okoliczność treści pisma z dnia 29 sierpnia 2012 r. w sytuacji, gdy pozwani nie udowodnili, że dokument ten został zagubiony, zniszczony lub zabrany przez osobę trzecią, a więc również faktu, że dokument w ogóle istniał;

-art. 233 § 1 i 2 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny materiału dowodowego w drodze:

- uznania za wiarygodne zeznań P. P. (1), mimo że są one wewnątrznie sprzeczne, niezgodne z zeznaniami pozostałych świadków, a P. P. (1) jest osobą bezpośrednio zainteresowaną rozstrzygnięciem korzystnym dla pozwanego ad 1, którego reprezentował jako członek zarządu w momencie zaistnienia sporu z powodem;

- dokonania dowolnej oceny zeznań świadka N. P. i uznania, że są zgodne z zeznaniami świadka P. P. (1), mimo że świadek P. stwierdził, że nigdy nie widział oryginału pisma z dnia 29 sierpnia 2012 r.;

**- pominięcia w rozstrzygnięciu kwestii odmowy przedstawienia przez pozwanych dowodu z dokumentu - oryginału pisma z dnia 29 sierpnia 2012 r., którego istnienie i treść miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym stwierdzenia braku solidtarnej odpowiedzialności pozwanego ad 1 (a tym samym ad 2) z tytułu umowy zawartej między powodem a (...) S. A. (podwykonawcą pozwanych ad 1 i 2);**

**- nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w całości, którego podjęcie z uwagi na zniesienie postępowania wobec pozwanego ad 1 było konieczne, co doprowadziło do ustalenia stanu faktycznego w sposób dowolny i niekompletny;**

**3. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pozwany ad 1 przez rzekome złożenie oświadczenia z dnia 29 sierpnia 2012 r. zwolnił się (wraz z pozwanym ad 2) z solidtarnej odpowiedzialności z tytułu umowy, zawartej między powodem a (...) S. A. (podwykonawcą pozwanego ad 1 i ad 2), określonej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., w sytuacji, gdy pozwany ad 1 nie wyraził terminowo sprzeciwu na zawarcie umowy między (...) S.A. (podwykonawcą pozwanych ad 1 i ad 2) a powodem, a zatem został objęty wraz z pozwanym ad 2 solidarną odpowiedzialnością z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.**

**Wskazując na powyższe, wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje.**

Syndyk Masy Upadłości (...)S.A. w O. w upadłości likwidacyjnej oraz T. G. w odpowiedzi na apelację powoda wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja powoda jest niezasadna.**

Sąd Apelacyjny podziela w całości ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, jak też wyprowadzone na ich podstawie wnioski prawne co do braku solidtarnej odpowiedzialności pozwanych: Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. w O. w upadłości likwidacyjnej (dawniej (...) S.A. w O., dalej w skrócie (...)) oraz T. G. wobec powoda jako dalszego podwykonawcy robót budowlanych, związanego umową z podwykonawcą - pozwanym: (...) S.A. w R., czyniąc je podstawą własnego rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 647<sup>1</sup>, § 2, 3 k. c. w jego brzmieniu obowiązującym przed dniem 23 stycznia 2014 r. i mającym zastosowanie w niniejszej sprawie, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor (ale także generalny wykonawca w relacji wobec pierwszego podwykonawcy zlecającemu wykonanie robót kolejnemu podwykonawcy), w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę (pierwszego podwykonawcę) umowy z podwykonawcą (kolejnym podwykonawcą) lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W takiej sytuacji uważa się, że doszło do wyrażenia milczącej zgody na obecność podwykonawcy (kolejnego podwykonawcy).

W konsekwencji, aby możliwe było powstanie solidtarnej odpowiedzialności podmiotów wskazanych w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. względem podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) wskutek milczącej zgody, wykonawcy i inwestorowi powinna być przedstawiona umowa z podwykonawcą (dalszym podwykonawcą) lub jej projekt, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub jej projekcie. W przypadku zatem, gdy zgoda, o której mowa



w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 i § 3 zd. 1 k.c., ma być wyrażona w sposób milczący, nie jest bez znaczenia, w jaki sposób podmioty mające ponosić odpowiedzialność solidarną z kontrahentem podwykonawcy powezmą wiadomość o treści umowy lub jej projektu i dokumentacji dotyczącej wykonania robót budowlanych określonych w tej umowie lub jej projekcie (por. A. Marcinkiewicz, Przesłanki, s. 85; M. Podrecka, Uwagi, s. 93). Wiedza ta musi bowiem pochodzić z dokumentów przedstawionych podmiotom wskazanym w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. przez wykonawcę lub podwykonawcę. Część dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub jej projekcie, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., powinna umożliwiać podmiotom mającym ponosić solidarną odpowiedzialność względem podwykonawcy precyzyjne określenie zakresu ich zobowiązań (Legalis - Komentarz do art. 647<sup>1</sup>k.c.red. Osajda 2013, wyd. 7/B. Lackoroński).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy nie sposób zaaprobować stanowiska powoda, który twierdził, że skoro istniały powiązania osobowe pomiędzy spółką (...) i (...), to ta druga w dniu zawarcia umowy pomiędzy I. - R. i powodem znała jej treść, a co za tym idzie właśnie od dnia zawarcia tejże umowy należało liczyć 14- dniowy termin na złożenie sprzeciwu. Powołany w apelacji fakt, że w imieniu spółki (...) umowę z powodem w dniu 23 lipca 2012 r. zawarł P. P. (1), będący jednocześnie członkiem zarządu (...), nie dowodził jeszcze, że został spełniony obowiązek, o którym mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. Przepis ten mówił bowiem o przedstawieniu umowy z dalszym podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub jej projekcie. Niewątpliwie do przedstawienia dokumentacji w niniejszej sprawie nie doszło, zaś sama wiedza jednego z członków zarządu (...) o umowie z dalszym podwykonawcą (powodem) nie oznacza wypełnienia nakazu wynikającego z powołanego wyżej artykułu.

Stanowisku o pełnej wiedzy lidera konsorcjum wykonawców i pierwszego podwykonawcy ( (...) S.A.) o wzajemnych posunięciach, wynikającej z obecności w zarządach obu spółek P. P., co znosić miało potrzebę formułowania zawiadomień na piśmie i przedstawiania dokumentacji źródłowej, przeczy ponadto oficjalne pokwitowanie przez w/w jako prezesa zarządu (...) S.A. odbioru pisma z dnia 29.08.2012 r., w którym (...) informowało o braku akceptacji dla powoda jako dalszego podwykonawcy.

Powiadomienie, o którym mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. należy ocenić jako rodzące akt wiedzy, nie noszący znamion oświadczenia woli, ale z drugiej strony jest to z pewnością akt wywołujący daleko idące skutki prawne i odpowiedzialność finansową. W konsekwencji przyjęcie, że sama obecność P. P. (1), reprezentującego w analizowanej sytuacji tylko I. - R., bo umowę w imieniu (...) podpisała przecież wiceprezes zarządu -K. P., zwalniać miała pierwszego podwykonawcę z obowiązku oficjalnego przesłania dokumentacji dotyczącej podwykonawstwa powoda zarządowi (...), jest poglądem nietrafionym.

Skoro więc (...) S.A. nie zawiadomił w sposób przewidziany przez prawo (...) o kolejnym podwykonawcy, to uznać należy, że 14 - dniowy termin na złożenie sprzeciwu nie rozpoczął swojego biegu, a więc nie mógł zostać naruszony. I. - R. nie zwrócił się poza tym z podobnym zawiadomieniem do inwestora, do czego zobowiązał się w umowie z powodem. To spółka (...) w piśmie z dnia 20 sierpnia 2012 r. przesłała inwestorowi informację (niespełniającą również formalnych wymogów zawiadomienia o podwykonawcy), powiadamiając następnie o swoim sprzeciwie (...) S.A. w piśmie z dnia 29 sierpnia 2012 r.- k. 279.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał, że w warunkach niezawiadomienia w formie wymaganej przez ówczesne prawo konsorcjum wykonawców o powierzeniu prac dalszemu podwykonawcy (powodowi) i w sytuacji wyrażenia przez lidera konsorcjum otwartego sprzeciwu wobec powierzenia dalszego podwykonawstwa powodowi, nie sposób w niniejszej sprawie mówić o milczącej zgodzie konsorcjantów ( (...) oraz T. G.) na zawarcie z powodem umowy o podwykonawstwo. W tych warunkach nie było też podstaw do przypisania pozwanym ad 2 i 3 (obecnie ad 1-2) solidarnej odpowiedzialności za wypłatę powodowi należnego mu od pierwszego podwykonawcy wynagrodzenia na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Stąd też podniesiony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego poprzez niezastosowanie tego przepisu i nieuwzględnienie na jego podstawie żądania pozwu był niezasadny.

Nietrafione okazały się również zaprezentowane w apelacji i bardzo obszerne w swej treści argumenty o naruszeniu w skarżonym rozstrzygnięciu przepisów prawa procesowego, tj. art. 246 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. (ten ostatni w kontekście oceny zeznań świadków: P. P. (1) oraz N. P.).

W związku z wyrażonym już poglądem, że tryb uruchamiający udzielenie milczącej zgody nie został w ogóle wdrożony w niniejszej sprawie, uzupełniającego rozważenia wymaga okoliczność, czy pismo z dnia 29 sierpnia 2012 r. istniało w oryginale czy też nie, a ponadto czy Sąd Okręgowy badając treść tego pisma w kontekście jego zagubienia związany był obostrzeniami dowodowymi, o których mowa w art. 246 k.p.c.

Odnosząc się do powyższej kwestii Sąd Apelacyjny podziela ugruntowany już w orzecznictwie pogląd, wedle którego art. 246 k.p.c. nie stanowi samodzielnej i wystarczającej podstawy do oceny, czy dopuszczalne było w danej sprawie przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków lub przesłuchania stron na fakt dokonania czynności, dla której przewidziana jest forma pisemna dla celów dowodowych, gdyż ocenę tę można prawidłowo przeprowadzić jedynie przy uwzględnieniu przesłanek określonych w art. 74 k.c. Skuteczne zakwestionowanie przeprowadzenia danego dowodu wymagałoby więc wykazania, że nastąpiło to wbrew prawu materialnemu (por. wyrok S.N. z dnia 7 lutego 2001 r., V CKN 204/00, LEX nr 53122). Tymczasem w świetle art. 74 § 4 k.c. przepisów o skutkach niezachowania formy pisemnej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami, do których zaliczają się przecież powód i wszyscy pozwani. W konsekwencji całokształt czynności dowodowych przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy na okoliczność treści pisma z dnia 29.08.2012 r. i jego doręczenia prezesowi zarządu I.- R. nie budzi wątpliwości Sądu odwoławczego, który poczynione w tej materii ustalenia faktyczne uznaje za fragment własnej argumentacji.

Odnosząc się końcowo do zarzutu apelacji powoda dotyczącego nieprzeprowadzenia postępowania dowodowego w całości z powodu zniesienia postępowania wobec pozwanego ad 2 (aktualnie ad 1), to jest on również chybiony.

Zniesienie postępowania rodzi, co do zasady, konieczność jego powtórzenia [W. S., w: W. B. (red.), (...), t. III, 1986, s. 324; tenże, w: Z. R., W. S. (red.), Kodeks, 1969, s. 633; P. G., w: T. E. (red.), Kodeks, t. II, 2012, s. 377; por. również komentarz do art. 71 k.p.c.]. Osobnym zagadnieniem jest na ile czynności procesowe i dowodowe dokonane w postępowaniu w tej jego części, która została zniesiona, mogą być wykorzystane w dalszym toku postępowania. Problem ten w literaturze należy do spornych. Za koniecznością powtórzenia czynności dokonanych w zniesionym postępowaniu opowiedział się W. S., w: W. B. (red.), (...), t. III, 1986, s. 324; tenże, w: Z. R., W. S. (red.), Kodeks, 1969, s. 633. Autor ten dostrzegł jednak możliwość posłużenia się materiałem zawartym w aktach sprawy dla celów informacyjnych, służących ocenie wiarygodności ponownie przeprowadzonych dowodów osobowych. Rygoryzm powyższego poglądu był jednak wielokrotnie kwestionowany w orzecznictwie podkreślającym, że ostatecznie to wola stron powinna decydować o powtórzeniu określonych dowodów. W wyroku z dnia 29 września 1967 r. (I PR 385/67, OSNCP 1968, Nr 11, poz. 187) Sąd Najwyższy trafnie uznał, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy, toczącej się przed sądem I instancji w następstwie uchylecia wyroku i zniesienia postępowania przez sąd rewizyjny wskutek stwierdzenia nieważności przewidzianej w art. 379 pkt 6 k.p.c., wola stron decyduje o tym, czy zniesione postępowanie powinno być powtórzone. Rozważania powyższe dotyczyły zasadniczo sytuacji, gdy zniesienie nieważnego procesu ma charakter kompleksowy; w sytuacji gdy omawiany skutek dotyczy jedynie wycinka postępowania lub wybranych stron rygor powtórzenia przeprowadzonych dowodów ulega dalszemu złagodzeniu.

W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 18 grudnia 2015 r. zniósł postępowanie za okres od 25.03.14 r. do 30.03.2015 r. tylko wobec jednego z pozwanych, a więc skutek ów nie zmaterializował się w stosunku do wszystkich stron. Na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2016 r. pełnomocnik Syndyka będącego beneficjentem prawa domagania się powtórzenia czynności procesowych dotkniętych nieważnością, stanowczo zakwestionował taką potrzebę, gdyż prowadziłoby to jedynie do przedłużenia procesu; oświadczenie tej treści zostało powtórzone na rozprawie apelacyjnej. Podkreślić też wypada, że skutek zniesienia procesu nie odnosił się do prawidłowo przeprowadzonych czynności dowodowych w okresie jego pierwszego półroczu, kiedy zgromadzone zostały podstawowe dowody w sprawie pozwalające na jej merytoryczną ocenę; nie dotyczył również całokształtu postępowania rozpoznawczego i ustaleń faktycznych dotyczących relacji między powodem a pozwanymi ad 1, 3 i 4. W konsekwencji wszystkie te czynności

procesowe i ustalenia, także wyrażone w pierwszym rozstrzygnięciu Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, zachowywały między w/w stronami moc, zaś ocena prawna Sądu II instancji pozostawała wiążąca (również w kwestiach pośrednio dotyczących pozwanego ad 2 – art. 386 § 6 k.p.c.) w dalszym postępowaniu Sądu Okręgowego. W tych warunkach Sąd Okręgowy, po uzupełnieniu materiału dowodowego i ustaleń w kwestiach spornych, uprawniony był zamknąć rozprawę i wydać wyrok; innymi słowy sformułowany przez apelującego w analizowanej kwestii zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. nie rzutował ostatecznie na treść rozstrzygnięcia w sprawie.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił złożoną apelację.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sporu, w powiązaniu z treścią § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015 r.).

(...)