



Sygn. akt II CSKP 81/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 kwietnia 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jacek Grela (przewodniczący)

SSN Ewa Stefańska (sprawozdawca)

SSN Tomasz Szanciło

w sprawie z powództwa M. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.
przeciwko H. M.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 26 kwietnia 2022 r.,

skarg kasacyjnych powoda i pozwanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt I AGa [...],

**uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania, pozostawiając
temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 27 kwietnia 2018 r. Sąd Okręgowy w S. oddalił powództwo M. spółki z o.o. w S. przeciwko H. M. o zapłatę. W sprawie tej powódka domagała się zapłaty na jej rzecz kwoty 6 975 144,54 zł z odsetkami, tytułem dochodzonej od pozwanego jako jednego z solidarnie zobowiązanych konsorcjantów, pozostałej do zapłaty części kary umownej, należnej w związku z rozwiązaniem umowy. Powódka wyjaśniła, że kara umowna w pełnej wysokości wynosiła 11 470 459,11 zł, lecz już zaspokoiła się: co do kwoty 3 640 705,07 zł - z gwarancji ubezpieczeniowej, a co do kwoty 947 865,26 zł - w wyniku potrącenia z wierzytelnościami przysługującymi wobec niej konsorcjantom. Pozwany wnosił o oddalenie powództwa, kwestionując skuteczności odstąpienia od umowy przez powódkę, a w konsekwencji możliwość naliczenia dochodzonej w niniejszym postępowaniu kary umownej. Ponadto podniósł zarzut miarkowania kary jako rażąco wygórowanej oraz twierdził, że powódka nadużyła prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) dochodząc od jej zapłaty od konsorcjanta, który nie przystąpił do realizacji powierzonego mu zakresu robót z przyczyn całkowicie od niego niezależnych i nie otrzymał żadnego wynagrodzenia z tytułu umowy.

Sąd I instancji ustalił, że M. spółka z o.o. w S. ogłosiła przetarg nieograniczony na udzielenie zamówienia publicznego pn. „R.”- Kontrakt na wykonanie robót z projektowaniem zgodnie z procedurami FIDIC”. Realizacja tego projektu miała być dofinansowana ze środków z funduszu spójności UE w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013, na podstawie umowy zawartej z powódką jako beneficjentem przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Przed ogłoszeniem tego przetargu powódka korzystała z usług E. spółki z o.o., powiązanej z E. spółką z o.o. w ten sposób, że pierwsza z nich zajmowała się tworzeniem koncepcji i pracami projektowymi, a druga trudniła się wykonawstwem. W dniu 9 listopada obie te spółki oraz H. M. zawarli umowę konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez powódkę w ramach ogłoszonego przez nią przetargu. Konsorcjanci mieli złożyć wspólną ofertę na realizację tego zamówienia i wspólnie je wykonać. Liderem konsorcjum została E. spółka z o.o., której pozostali konsorcjanci udzielili nieodwołalnego pełnomocnictwa do ich reprezentowania, w

szczegółności poprzez zawarcie z zamawiającym umowy o realizację zamówienia publicznego, składanie oświadczeń w zakresie zmiany i rozwiązania tej umowy, wystawianie faktur i przyjmowanie płatności. Sprawy konsorcjum miał prowadzić jego lider, natomiast partnerzy konsorcjum nie mogli bez jego uprzedniej zgody prowadzić jakichkolwiek rokowań, negocjacji ani dokonywać uzgodnień z zamawiającym.

Sąd Okręgowy ustalił, że konsorcjanci dokonali między sobą podziału prac w ramach realizacji zamówienia, w ten sposób, że: E. spółka z o.o. miała wykonać roboty budowlano-montażowe, E. spółka z o.o. miała wykonać prace projektowe, zaś H. M. miał wykonać sieci technologiczne międzyobiektowe oraz elementy urządzenia i zagospodarowania terenu. Wynagrodzenie przysługujące konsorcjum jako wykonawcy, miało zostać podzielone przez lidera konsorcjum między konsorcjantów, zgodnie z ustalonym zakresem robót. Konsorcjanci umówili się co do solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego za zobowiązania powstałe z tytułu ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz zawartej w wyniku tego umowy. W czasie wykonywania zamówienia nie było dopuszczalne rozwiązanie umowy konsorcjum poprzez jakiekolwiek działanie któregoś z konsorcjantów. H. M. decyzję o wejściu w skład konsorcjum podjął po tym, jak został polecony przez powódkę pozostałym konsorcjantom jako dobry wykonawca sieci międzyobiektowych.

Według ustaleń Sądu I instancji, 5 stycznia 2011 r. powódka (zamawiający) i konsorcjum (wykonawca) zawarli umowę o wykonanie robót objętych przetargiem. Termin realizacji przedmiotu kontraktu przez konsorcjum upływał 4 sierpnia 2013 r. W toku realizacji umowy obserwowane było niesatysfakcjonujące tempo prac i na tej podstawie Inżynier kontraktu stwierdził, że konsorcjum nie ma możliwości zrealizowania umowy w terminie. Następnie Sąd Rejonowy w Z.: postanowieniem z 17 października 2012 r. ogłosił upadłość przez likwidację majątku E. spółki z o.o., a postanowieniem z 30 października 2012 r. ogłosił upadłość przez likwidację majątku E. spółki z o.o. Wówczas powódka skierowała do każdego z członków konsorcjum pismo z 23 października 2012 r., w którym wypowiedziała kontrakt z winy wykonawcy, powołując się na klauzulę 15.2 Ogólnych Warunków Kontraktu. W dacie otrzymania tego pisma H. M. nie rozpoczął jeszcze realizacji zakresu robót,

do których zobowiązał się w umowie konsorcjum, ponieważ budowa nie była jeszcze na odpowiednim etapie zaawansowania. Nie otrzymał również od powódki żadnego wynagrodzenia z tytułu umowy, natomiast sam przygotował materiały niezbędne do realizacji przyszłych robót. Pozwany podjął rozmowy z powódką w sprawie kontynuowania umowy po przejęciu zakresu robót pozostałych konsorcjantów, lecz z uwagi na brak statusu lidera nie mógł podjąć wiążących zobowiązań.

Wobec tego powódka skierowała do każdego z członków konsorcjum pismo z 20 grudnia 2012 r., w którym wezwała ich do zapłaty kary umownej w wysokości 11 377 203,35 zł z tytułu rozwiązania przez zamawiającego kontraktu z winy wykonawcy, na podstawie klauzuli 15.4 lit. c) Szczególnych Warunków Kontraktu. Powódka wystąpiła do gwaranta o wypłatę na jej rzecz kwoty 3 640 705,07 zł z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu, z tytułu części kary umownej. Kwota ta została jej wypłacona 7 marca 2013 r. Powódka zaspokoiła dalszą część swojego roszczenia związanego z naliczeniem kary umownej, poprzez skierowane do pozwanego oraz syndyków masy upadłości pozostałych konsorcjantów oświadczenia o potrąceniu tej kwoty z wierzytelności przysługującej konsorcjum w wysokości 6 134 295,99 zł. Następnie pismem z 12 czerwca 2013 r. powódka wezwała pozwanego oraz syndyków masy upadłości pozostałych konsorcjantów do zapłaty pozostałej części naliczonej kary umownej w kwocie 93 255,76 zł. Wierzytelność tę zgłosiła również w postępowaniach upadłościowych prowadzonych wobec obu spółek wchodzących w skład konsorcjum. W postępowaniu prowadzonym wobec E. spółki z o.o., na liście wierzytelności w kategorii IV uznana została jedynie kwota 252 149,51 zł, gdyż według sędziego komisarza zachodziły przesłanki do miarkowania kary umownej. Natomiast w postępowaniu prowadzonym wobec E. spółki z o.o. wierzytelność ta nie została wpisana na listę.

Sąd Okręgowy wskazał, że podstawą prawną żądania powódki był art. 483 § 1 k.c. Według Sądu I instancji, pozwany - co do zasady - ponosi odpowiedzialność z tytułu kary umownej, ponieważ jego obowiązkiem jako profesjonalisty było sprawdzenie spółek, z którymi zawarł umowę konsorcjum, pod względem ich rzetelności, sytuacji finansowej i możliwości wykonania kontraktu

(art. 355 § 1 i 2 k.c.). Wskazał, że kara umowna może zostać na wniosek dłużnika miarkowana na podstawie art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub kara jest rażąco wygórowana. Jednakże w niniejszej sprawie podstawy miarkowania musiałyby dotyczyć każdego z konsorcjantów (art. 375 § 1 k.c.), z uwagi na solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynikającą z art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, zwanej dalej „p.z.p.”). Dotyczy to przesłanki rażącego wygórowania kary umownej, albowiem nie można przyjąć, aby w przedmiotowej sprawie zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części. W ocenie Sądu Okręgowego, żądana przez powódkę kara umowna jest wysoka w wymiarze kwotowym, lecz nie jest szczególnie wysoka w wymiarze procentowym, w stosunku do całkowitej kwoty umówionego wynagrodzenia. Przy tym, uwarunkowania wynikające z solidarności konsorcjantów nie pozwalają na rozważenie miarkowania kary umownej według kryterium odnoszącego się do wysokości wynagrodzenia, które miało być należne pozwanemu. Nie można również mówić o rażącym wygórowaniu kary umownej, gdy jej wysokość odniesie się do poniesionej przez powódkę szkody. Na skutek niewykonania umowy przez konsorcjum, do którego należał pozwany, koszt inwestycji powódki wzrósł wobec konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednak Sąd I instancji uznał, że nie ma podstaw do obciążenia pozwanego karą umowną w zakresie, w jakim żąda tego powódka. Wskazał, że wprawdzie wzajemne relacje między konsorcjantami, jako dłużnikami solidarnymi, nie mogą prowadzić do zwolnienia żadnego z nich od odpowiedzialności wobec wierzyciela, to analizując przedmiotową sprawę należy uwzględnić sytuację, w jakiej znalazł się pozwany na skutek przystąpienia do konsorcjum. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 371 k.c. działania i zaniechania jednego z dłużników solidarnych nie mogą szkodzić współdłużnikom. Działaniem takim jest m.in. doprowadzenie do niemożliwości świadczenia. Odnosi się ono tylko do tego dłużnika solidarnego, który tego zachowania dopuścił się. Przy tym, zasada nieszkodzenia współdłużnikom przez dłużnika solidarnego dotyczy zarówno stosunków wewnętrznych pomiędzy dłużnikami solidarnymi, jak i stosunków pomiędzy

wierzycielem a dłużnikami (por. wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2015 r., V CSK 83/15). Według Sądu I instancji, istnienie okoliczności polegającej na zachowaniach jednego z dłużników solidarnych, które szkodzą pozostałym, ma wpływ na zakres solidarności, nawet do wyłączenia odpowiedzialności jednego lub niektórych z nich. Przykładowo, w razie niemożliwości świadczenia z przyczyn, za które odpowiada jeden z dłużników solidarnych, tylko ten dłużnik jest zobowiązany do naprawienia szkody. Ponieważ w niniejszej sprawie zachowanie pozostałych konsorcjantów doprowadziło do niemożliwości następcej świadczenia pozwanego wobec powódki, wyłączenie jego odpowiedzialności obejmuje również karę umowną.

Ponadto Sąd Okręgowy stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy żądanie przez powódkę od pozwanego zapłaty kary umownej, narusza zasady współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zdaniem Sądu I instancji, stosowanie konstrukcji nadużycia prawa jest dopuszczalne również, choć wyjątkowo, w stosunkach między przedsiębiorcami. Wyjaśnił, że zastosowanie powołanego przepisu zapewnia dłużnikowi ochronę tylko przejściową, gdyż zarzut nadużycia prawa nie unicestwia prawa wierzyciela, a oddalenie powództwa ze względu na zasady współżycia społecznego nie stwarza stanu materialnej prawomocności. W niniejszej sprawie żądanie powódki narusza zasady współżycia społecznego, ponieważ z uwagi na zaniechania pozostałych konsorcjantów pozwany nie mógł rozpocząć realizacji swojego zakresu prac, a zarazem jako jedyny z konsorcjantów podejmował starania w celu znalezienia rozwiązania niezawinionej przez siebie sytuacji.

Wyrokiem z 12 kwietnia 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3 500 000 zł z odsetkami, oddalając apelację w pozostałym zakresie. Sąd odwoławczy uznał apelację powódki za częściowo zasadną. Podzielił ustalenia faktyczne Sądu I instancji i uznał za bezprzedmiotowy zarzut pozwanego, że zawarta przez powódkę (zamawiający) i konsorcjum (wykonawca) umowa o wykonanie robót objętych przetargiem była nieważna. Wyjaśnił, że po nowelizacji Prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 223, poz. 1778)

ustawodawca zrezygnował z instytucji bezwzględnej nieważności umowy, wprowadzając w jej miejsce nieważność względną, ustalaną w drodze konstytucyjnych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego, która dotknięta jest wadami, pozostaje ważna i wywołuje skutki prawne aż do chwili jej unieważnienia. Wprawdzie poza wypadkami nieważności względnej umowy, z przyczyn dotyczących naruszeń procedury udzielania zamówień publicznych określonych w art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn (art. 58 k.c.), to nie dotyczą one nieprawidłowości zarzucanych przez pozwanego. Okoliczność zaniechania wykluczenia z postępowania przetargowego konsorcjum, którego członkiem był pozwany, mogłaby być podstawą domagania się unieważnienia umowy wyłącznie na żądanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który z tego uprawnienia nie skorzystał.

Według Sądu odwoławczego, powódka skutecznie odstąpiła od umowy, składając stosowne oświadczenie jego liderowi, skoro konsorcjum nie wykonywało umowy. Podstawą złożenia tego oświadczenia była klauzula 15.2 Szczególnych Warunków Kontraktu. Przy tym, niezależnie od umowy stron, podstawą prawną odstąpienia od umowy przez zamawiającego mógł być art. 636 § 1 w zw. z art. 656 k.c., albowiem zaawansowanie robót po upływie 20 miesięcy wynosiło zaledwie 18,5%. W tych okolicznościach zaktualizowało się roszczenie powódki o zapłatę kary umownej, w związku z odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, odpowiedzialność członków konsorcjum z tytułu zawartego kontraktu ma charakter odpowiedzialności solidarnej (art. 23 ust. 1 i art. 141 p.z.p.), co czyni żądanie zapłaty kary umownej przez pozwanego za trafne co do zasady. Powódka może więc dochodzić od pozwanego pozostałej, niezapłaconej części kary.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie nie miał zastosowania art. 371 k.c., a w szczególności nie mógł on być podstawą uwolnienia pozwanego od odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Przy wykładni tego przepisu nie można bowiem pomijać treści art. 366 k.c., określającego istotę solidarności biernej. Ponadto w wyniku działania lidera konsorcjum, przy realizacji kontraktu nie doszło do następczej niemożności świadczenia. Przewidziana w art. 475 § 1 k.c.

niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje bowiem sytuacje, gdy po powstaniu zobowiązania zaistnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożności zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. Aby nastąpił skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania, konieczne jest, by niemożliwość świadczenia nie była skutkiem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, skoro zamówienie zostało faktycznie wykonane przez inny podmiot.

Zdaniem Sądu odwoławczego, w niniejszej sprawie nie zachodziły okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), albowiem jej wysokość nie może być uznana za rażąco wygórowaną. Kara umowna na wypadek wypowiedzenia umowy została zastrzeżona w wysokości 25% zatwierdzonej kwoty kontraktowej brutto. Wobec konieczności zachowania terminowości realizacji projektu, czego wymagały zasady jego finansowania, wysokość zastrzeżonej kary była uzasadniona. Kary nie można uznać za rażąco wygórowaną również z odwołaniem się do okoliczności związanych z realizacją kontraktu, tj. ogłoszenia upadłości wobec dwóch konsorcjantów. Fakt ten postawił pozwanego w trudnym położeniu, lecz nie wpływa negatywnie na ocenę wysokości kary. Jednakże Sąd Apelacyjny uznał, że okoliczności te powinny zostać uwzględnione poprzez zastosowanie w sprawie art. 5 k.c. i częściowe oddalenie powództwa z powołaniem się na nadużycie prawa podmiotowego przez powódkę. Wskazał, że zasądzona kwota kary umownej odpowiada wysokości niemal całego wynagrodzenia netto, jakie otrzymać miał pozwane w wyniku wykonania swojej części zamówienia.

Od powyższego wyroku skargi kasacyjne wniosły obie strony.

Powódka M. spółka z o.o. w S. wniosła skargę kasacyjną, zaskarżając powyższy wyrok w części oddalającej apelację (wadliwie określonej jako część oddalająca powództwo) oraz domagając się jego uchylenia w zaskarżonym zakresie i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. W skardze kasacyjnej powódka zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 5 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące częściowym oddaleniem powództwa o zapłatę kary umownej, w sytuacji, gdy Sąd II instancji ani nie ustalił, ani nie wskazał działań uprawnionego sprzeczných z zasadami współżycia społecznego w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami, zaś zastosowanie tego przepisu odniósł wyłącznie do sytuacji pozwanego związanej z niewypłacalnością współdłużników solidarnych;

2) art. 5 w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i częściowe oddalenie powództwa o zapłatę kary umownej w oparciu o klauzulę nadużycia prawa w sytuacji, gdy kara umowna została prawidłowo naliczona, a Sąd II instancji nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej określonych w art. 484 § 2 k.c. pomimo stosownego wniosku dłużnika o miarkowanie tej kary;

3) art. 5 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p. w zw. art. 366 § 1 i 2 oraz art. 376 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i ograniczenie wobec wierzyciela, na podstawie klauzuli nadużycia prawa, odpowiedzialności jednego z dłużników solidarnych (dłużnika wypłacalnego) za niewykonanie umowy zawartej w trybie ustawy prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy uwzględnienie, który z dłużników solidarnych i w jakim zakresie spowodował niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania winno nastąpić w ramach roszczeń regresowych, nie odnosi się natomiast do relacji między wierzycielem a dłużnikami solidarnymi.

Pozwany H. M. wniósł skargę kasacyjną, zaskarżając powyższy wyrok w części zmieniającej wyrok Sądu I instancji poprzez uwzględnienie powództwa oraz domagając się jego uchylenia w zaskarżonym zakresie i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. Ewentualnie wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonym zakresie i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie w dalszej części apelacji powódki od wyroku Sądu I instancji. W skardze kasacyjnej pozwany zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 5 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na tym, że Sąd Apelacyjny pomimo prawidłowego uznania, że powódka wytaczając

przeciwko pozwanemu powództwo o zapłatę kwoty 6 975 144,54 zł nadużyła swojego prawa podmiotowego w postaci roszczenia o zapłatę kar umownych w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego (zasadą słuszności i poczuciem sprawiedliwości), błędnie zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3 500 000 zł, wraz z odsetkami, podczas gdy w takiej sytuacji Sąd Apelacyjny powinien oddalić apelację powódki w całości;

2) art. 371 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i nieprawidłowe przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, iż zasada nieszkodzenia współdłużnikom solidarnym uregulowana w tymże przepisie nie ma zastosowania do relacji pomiędzy dłużnikami solidarnymi a wierzycielem w przypadku odpowiedzialności solidarnej ustanowionej na mocy art. 141 p.z.p.;

3) art. 475 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji zanegowanie, iż w sytuacji pozwanego nastąpiła trwała, zupełna i następca niemożność prawna i faktyczna spełnienia świadczenia na rzecz powódki;

4) art. 475 § 1 w zw. z art. 357¹ i art. 358¹ k.c. poprzez ich błędną wykładnię i błędne przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, iż okoliczności sprawy ustalone przez Sąd Apelacyjny świadczą o „niemożliwości gospodarczej” o której mowa w art. 357¹ i art. 358¹ k.c., a nie następczej niemożliwości świadczenia o której mowa w art. 475 § 1 k.c.;

5) art. 371 w zw. z art. 484 § 1 w zw. z art. 471 i art. 472 k.c. poprzez błędną ich wykładnię i przyjęcie, iż w razie niewykonania zobowiązania kara umowna zastrzeżona w umowie na podstawie art. 484 § 1 k.c. należna jest również od dłużnika solidarnego, który wykonywał swoje zobowiązanie należycie (art. 471 i art. 472 k.c.), a do niewykonania zobowiązania doszło wyłącznie na skutek okoliczności (zwłoki) innych dłużników solidarnych (art. 371 k.c.);

6) art. 484 § 2 w zw. z art. 375 k.c., poprzez ich błędne zastosowanie i brak uznania, że wysokość zasądzonej kwoty kary umownej od pozwanego powinna uwzględniać zwolnienie pozwanego od odpowiedzialności będące konsekwencją miarkowania kary umownej na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu upadłościowego w stosunku do współdłużnika solidarnego E. spółki z o.o., co do wysokości i przyjętych kryteriów miarkowania;

7) art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż „rażące wygórowanie” kary umownej stanowi jedynie relację wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości wartości umowy, z której ta kara wynika, w sytuacji gdy ocena, czy kara jest „rażąco wygórowana” powinna być zindywidualizowana i brać pod uwagę takie kryteria, jak w szczególności indywidualną sytuację dłużnika, względy aksjologiczne, zawinienie dłużnika, dążenie dłużnika do spełnienia świadczenia, przewidziane i uzyskane wynagrodzenie dłużnika na podstawie umowy;

8) art. 58 § 1 k.c. i art. 146 ust. 6 p.z.p. poprzez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, iż w ramach postępowania przed sądem powszechnym o zapłatę kary umownej Sąd ten nie może stwierdzić nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych;

9) art. 58 § 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie, polegające na braku uznania, że umowa, na podstawie której powódka domagała się kary umownej od pozwanego, jest nieważna;

10) art. 5 w zw. z art. 481 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, a w konsekwencji błędne zasądzenie przez Sąd Apelacyjny od pozwanego na rzecz powódki odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 11 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty, w kontekście uznania przez Sąd, iż powódka wytaczając powództwo nadużyła prawo (roszczenie o zapłatę kar umownych) w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

W odpowiedziach na skargi kasacyjne pozwany wnosił o oddalenie skargi kasacyjnej powódki, zaś powódka wnosiła o oddalenie skargi kasacyjnej pozwanego. Obie strony domagały się zasądzenia na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skargi kasacyjne obu stron zasługują na uwzględnienie w zakresie, w jakim skutkują uchYLENIEM zaskarżonego wyroku w całości i przekazaniem sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

W rozpoznawanej sprawie powódka domagała się zasądzenia na jej rzecz kwoty 6 975 144,54 zł z odsetkami tytułem dochodzonej od pozwanego - jako jednego z solidarnie zobowiązanych konsorcjantów - pozostałej do zapłaty części kary umownej, należnej w związku z rozwiązaniem umowy zawartej w trybie zamówień publicznych. Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powódki część powyższej kwoty, tj. 3 500 000 zł, oraz podtrzymał rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonym wyroku o oddaleniu powództwa w pozostałej części. Sąd odwoławczy uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie, powołał się na nadużycie prawa przez powódkę zgłaszającą żądanie zapłaty kary umownej w pełnej wysokości, pomimo wystąpienia po stronie pozwanego szczególnych okoliczności uzasadniających jego częściowe oddalenie (art. 5 k.c.).

Zarzuty wadliwego zastosowania przez Sąd Apelacyjny art. 5 k.c. podniosły w swoich skargach kasacyjnych obie strony, przy czym w odmienny sposób je uzasadniały. W ocenie Sądu Najwyższego zarzuty te są częściowo trafne, albowiem Sąd odwoławczy w niniejszej sprawie wadliwie zastosował art. 5 k.c., oddalając na tej podstawie powództwo o zapłatę kary umownej w części. Tymczasem instrumentem prawnym służącym ograniczeniu wysokości kary umownej jest jej miarkowanie (art. 484 § 2 k.c.). Jednak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki miarkowania kary.

Problematyka stosowania art. 5 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w sprawach o zasądzenie kary umownej była przedmiotem licznych wypowiedzi w orzecznictwie. W wyroku z dnia 26 października 2016 r. (III CSK 312/15, LEX nr 2186574) Sąd Najwyższy stwierdził, że podniesienie zarzutu nadużycia prawa podmiotowego w sprawie o zasądzenie kary umownej jest dopuszczalne, a zgłoszenie go nie jest równoznaczne ze zgłoszeniem wniosku o miarkowanie. Wskazał, że po pierwsze - nie ma podstawy prawnej do wyłączenia dopuszczalności stosowania klauzuli generalnej z art. 5 k.c., stanowiącej obiektywny miernik oceny wykonywania prawa podmiotowego przez każdy podmiot bez względu na rodzaj dochodzonego roszczenia. Po drugie - normy odnoszące się do miarkowania kary umownej i nadużycia prawa podmiotowego mają samodzielny

charakter, a ich zakresy nie krzyżują się. Po trzecie - odmienne są przesłanki zarzutów opartych na art. 484 § 2 k.c. i art. 5 k.c. oraz skutki ich uwzględnienia. W szczególności, potencjalność wygaśnięcia roszczenia w następstwie miarkowania nie uniemożliwia czasowego pozbawienia go ochrony (ubezskutecznienia). Wykluczona jest jedynie możliwość trwałego zmniejszenia kary umownej w drodze podniesienia zarzutu nadużycia prawa podmiotowego. Po czwarte - nie ma podstaw do ograniczenia kognicji sądu poprzez wyłączenie możliwości zastosowania z urzędu art. 5 k.c. tylko z uwagi na możliwość zgłoszenia przez pozwanego zarzutu obronnego o charakterze niweczącym. Dotyczy to również sytuacji, w której nadużycie prawa polegałoby na dochodzeniu rażąco wygórowanej kary umownej lub uwzględnienie powództwa prowadziłoby do skutków nieakceptowanych z punktu widzenia słuszności, zasad etycznych lub uczciwego obrotu.

W uzasadnieniu powołanego orzeczenia zasadnie wyjaśniono, że art. 5 k.c. chroni przed nadużyciem prawa podmiotowego i na jego podstawie nie można trwale ukształtować tego prawa, także w zakresie dotyczącym określenia przez sąd wysokości wierzytelności, która - co do zasady - mogłaby być objęta ochroną prawną. Podstawą jego zastosowania jest czynienie przez daną osobę takiego użytku ze swego prawa, które nie może być zaakceptowane. Kryterium jest ocena wykonywania przez daną osobę, przysługującego jej uprawnienia materialno-prawnego w aspekcie zasad współżycia społecznego, przez które należy rozumieć podstawowe reguły etycznego i uczciwego postępowania. Można więc odwoływać się do takich pojęć, jak „zasady słuszności”, „zasady uczciwego obrotu”, „zasady uczciwości” czy „lojalności” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1998 r., II CKN 928/05, OSN 1999 Nr 4, poz. 75). Trafnie więc zarzuciła powódka w skardze kasacyjnej, że stosując przepis art. 5 k.c., Sąd Apelacyjny powinien wskazać te jej działania lub zaniechania, które uznał za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami, a nie poprzestać na odniesieniu się wyłącznie do sytuacji pozwanego związanej z niewypłacalnością współdłużników solidarnych.

W wyrokach z dnia 8 listopada 1985 r. (III CRN 343/85, OSN 1986, Nr 10, poz. 161) i z dnia 22 maja 2002 r. (I CKN 1567/99, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 109)

Sąd Najwyższy trafnie uznał, że zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 5 k.c. jest niedopuszczalne, albowiem po pierwsze - instytucję obniżenia kary mownej ustawodawca uregulował w art. 484 § 2 k.c., szczegółowo określając jej przesłanki, tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części lub rażące wygórowanie kary. Po drugie - wyrok zmniejszający karę kształtuje prawo podmiotowe wierzyciela, a zastosowanie art. 5 k.c. może jedynie pozbawić je ochrony na pewien czas. Także w wyroku z dnia 15 października 2008 r. (I CSK 126/08, LEX nr 484662) Sąd Najwyższy wyraził zbieżny pogląd, że dopiero wykluczenie możliwości zmniejszenia kary umownej lub stwierdzenie, że mimo odpowiedniego zmniejszenia wysokości kary umownej jej zasądzenie stanowiłoby naruszenie zasad współżycia społecznego, otwierały możliwość oddalenia powództwa w całości na podstawie art. 5 k.c. Dlatego Sąd Apelacyjny naruszył art. 5 k.c., skoro oddalił na jego podstawie powództwo w części, a nie w całości. Jeżeli zamierzał ograniczyć wysokość zasądzonej od pozwanego na rzecz powódki kary umownej, mógł ją miarkować (oczywiście o ile uznałby, że w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki określone w art. 484 § 2 k.c. - w której to kwestii Sąd Apelacyjny wypowiedział się negatywnie).

Ubocznie należy wskazać na relację pomiędzy art. 484 § 2 k.c. i art. 58 § 2 k.c. W piśmiennictwie przyjmuje się bowiem, że zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej oceniane na datę zawarcia umowy uzasadnia stwierdzenie jej nieważności w całości lub w części z powodu sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 i § 3 k.c.), a powstałe na skutek okoliczności, które pojawiły się dopiero na etapie jej wykonywania, uzasadnia miarkowanie (art. 484 § 2 k.c.).

Wadliwy jest natomiast podniesiony w skardze kasacyjnej powódki zarzut naruszenia art. 5 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p. w zw. art. 366 § 1 i 2 oraz art. 376 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i ograniczenie wobec wierzyciela, na podstawie klauzuli nadużycia prawa, odpowiedzialności jednego z dłużników solidarnych (dłużnika wypłacalnego) za niewykonanie umowy zawartej w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Powołanie tych przepisów „w związku” wskazuje na skutek zastosowania art. 5 k.c., a nie naruszenie art. 141 p.z.p., art. 366 § 1 i 2 oraz art. 376 § 1 k.c. Sąd Apelacyjny nie oparł bowiem rozstrzygnięcia

na tych przepisach, w szczególności nie zostało na nich oparte podtrzymanie wyroku Sądu Okręgowego w zakresie częściowego oddalenia powództwa.

Nie zasługuje na uwzględnienie również podniesiony w skardze kasacyjnej pozwanego zarzut naruszenia art. 371 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i nieprawidłowe przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że zasada nieszkodzenia współdłużnikom solidarnym nie ma zastosowania do relacji pomiędzy dłużnikami solidarnymi a wierzycielem w przypadku odpowiedzialności solidarnej ustanowionej na mocy art. 141 p.z.p. Skarżący wadliwie bowiem ten przepis interpretuje.

Powołany przepis wyraża zasadę, że w czasie trwania stosunku obligacyjnego dłużnik solidarny nie może swoim działaniem lub zaniechaniem pogorszyć sytuacji prawnej współdłużników. Chodzi o niepogarszanie sytuacji współdłużników zarówno wobec wierzyciela, jak i wobec pozostałych dłużników (w stosunkach regresowych między nimi). W piśmiennictwie wskazuje się, że w razie zawinionej przez jednego z dłużników solidarnych niemożności świadczenia, pozostali dłużnicy są zwolnieni z obowiązku świadczenia. Za spowodowaną szkodę odpowiedzialność wobec wierzyciela ponosi tylko dłużnik winny niemożności świadczenia. Nie przysługuje mu w tym zakresie roszczenie regresowe do pozostałych dłużników. Przykładowo, jeśli tylko niektórzy dłużnicy przyczynili się do niewykonania zobowiązania, konsekwencje tego rozkładają się w ramach regresu tylko między dłużników odpowiedzialnych za szkodę, według proporcji ustalonych w treści stosunku między dłużnikami, a w braku takiego ustalenia, stosownie do winy i stopnia przyczynienia się każdego z dłużników.

Przy tym, konieczne jest rozpatrywanie treści art. 371 k.c. łącznie z art. 366 k.c. Celem art. 371 k.c. nie jest bowiem immunizowanie pozostałych dłużników od wszelkich niekorzystnych zmian treści zobowiązania, ale ich ochrona przed zwiększeniem zakresu solidarności. Tymczasem pozwany nawet nie twierdził, aby na skutek zachowania pozostałych dłużników doszło do takiej modyfikacji zobowiązania, na skutek której zwiększyłby się zakres jego solidarnej odpowiedzialności.

Ponadto nie ma racji skarżący zarzucając Sądowi odwoławczemu naruszenie art. 475 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji

zanegowanie, że w sytuacji pozwanego nastąpiła trwała, zupełna i następca niemożność prawna i faktyczna spełnienia świadczenia na rzecz powódki. Po pierwsze - Sąd odwoławczy trafnie przyjął, że w niniejszej sprawie nie wystąpiła następca niemożliwość świadczenia, skoro wykonał je inny podmiot. Spełnienie świadczenia musi być bowiem niemożliwe obiektywnie (przedmiotowo), co oznacza, że jest niemożliwe do spełnienia dla każdego, a nie tylko konkretnego dłużnika. Jeżeli jest niemożliwe subiektywnie, czyli dla danego dłużnika, ale nie dla innej osoby, nie może być mowy o niemożliwości świadczenia, chyba że chodzi o świadczenie o charakterze osobistym (np. wykonanie dzieła przez artystę). Po drugie - niemożliwość następca prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania tylko wtedy, gdy wynika z okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada. Tymczasem w przedmiotowej sprawie dłużnikiem są wszyscy członkowie konsorcjum, w tym pozwany. W tej sytuacji nie można mówić o braku winy pozostałych dwóch członków konsorcjum, których upadłość ogłoszono. Zaś pozwany przystępując do konsorcjum podjął ryzyko, jako podmiot profesjonalny znał bowiem obowiązujące prawo i wiedział, że jego odpowiedzialność za wykonanie umowy będzie miała charakter solidarny z pozostałymi konsorcjantami.

Nie mogą zostać uwzględnione również podniesione przez pozwanego zarzuty naruszenia art. 58 § 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie, polegające na braku uznania, że umowa, na podstawie której powódka domagała się kary umownej od pozwanego, jest nieważna, a także naruszenia art. 58 § 1 k.c. i art. 146 ust. 6 p.z.p. poprzez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, iż w ramach postępowania przed sądem powszechnym o zapłatę kary umownej sąd ten nie może stwierdzić nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych. Pozwany nie sformułował bowiem jakichkolwiek zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego, zaś ustalenia faktyczne Sądu Apelacyjnego nie obejmują okoliczności zawarcia przez konsorcjum umowy z zamawiającym. Tymczasem w postępowaniu kasacyjnym nie jest dopuszczalne powołanie nowych faktów i dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 k.p.c.).

Wobec treści zapadłego w niniejszej sprawie wyroku uchylającego w całości zaskarżone orzeczenie i przekazującego sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, na obecnym etapie postępowania niecelowe było odnoszenie się przez Sąd Najwyższy do pozostałych zarzutów zawartych w obydwu skargach kasacyjnych.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w zw. z art. 398²¹ k.p.c.