



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

24 lipca 2024 r.

Sąd Najwyższy w Izbie Cywilnej w składzie:

SSN Monika Koba (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Karol Weitz

SSN Marta Romańska

Protokolant Anna Matczak

po rozpoznaniu na rozprawie 24 lipca 2024 r. w Warszawie

skargi kasacyjnej powodów

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z 17 lipca 2020 r., VII AGa 2305/18,

w sprawie z powództwa I. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz I.1
spółki akcyjnej w Z.

przeciwko Skarbowi Państwa - Ministrowi Sprawiedliwości
o ukształtowanie,

**uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu
Okręgowego w Warszawie z 4 lipca 2018 r. (XX GC 674/16)
i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie
do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach
postępowania zażaleniowego, apelacyjnego i kasacyjnego.**

Marta Romańska

Monika Koba

Karol Weitz

(r.g.)

UZASADNIENIE

Powódki I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (poprzednio: I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.); (dalej także jako: „I.”) oraz I.1 spółka akcyjna w Z. (dalej także jako: „I.”) wniosły pozew przeciwko Skarbowi Państwa - Ministrowi Sprawiedliwości o zmianę umowy z 25 kwietnia 2015 r. przez dodanie: do § 8 nowego § 4 pkt 3 o treści „strony ustalają, że wynagrodzenie Wykonawcy (wynagrodzenie minimalne) należne łącznie za etap techniczny (Etap I) i etap eksploatacji (Etap II) nie może być niższe niż 167 729 250 zł oraz do § 8 nowego ust. 8 o treści: „ wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 4 pkt 3 będzie płatne przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w prawidłowo wystawionej fakturze VAT po zakończeniu okresu obowiązywania Umowy i będzie ustalone w ten sposób, że od kwoty wynagrodzenia minimalnego wynoszącego 167 729 250 zł odjęta zostanie kwota wynagrodzenia już należnego Wykonawcy na podstawie ust. 4 pkt 1 i 2. Zamawiający dokona zapłaty tak ustalonej różnicy w terminie 21 dni od daty doręczenia mu faktury VAT. W przypadku, gdyby umowa została rozwiązana przed upływem terminu określonego w § 2 ust. 6 Umowy, niezależnie od przyczyn tego rozwiązania, § 8 ust. 2 zdanie ostatnie stosuje się odpowiednio”. Powódki jednocześnie oświadczyły, że gdyby dodanie do umowy żądanych postanowień miało nastąpić w wyroku zastępującym oświadczenie woli pozwanego (art. 64 k.c.), wyrażają zgodę na zmienioną treść umowy. Domagały się także zawiadomienia o toczącym się postępowaniu pozostałych spółek tworzących konsorcjum – S. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej w W. (dalej: „S.”) oraz E. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: „E.”) celem umożliwienia tym podmiotom przystąpienia do sprawy w charakterze powodów na podstawie art. 195 § 2 zd. 2 i 3 k.p.c.

Na poparcie dochodzonego żądania powódki wskazały, że w ramach konsorcjum świadczyły na rzecz pozwanego usługę wytworzenia i obsługi Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE). Ponad rok po zawarciu umowy weszła jednak w życie zmiana prawa karnego, w wyniku której liczba osób objętych systemem SDE zaczęła gwałtownie spadać. Postanowienia umowy nakładają na powódki obowiązek

utrzymywania systemu w gotowości do przyjęcia znacznie większej liczby skazanych niż faktycznie jest tym systemem objętych. Spadek liczby skazanych powoduje drastyczny spadek przychodów i sprawia, że wykonywanie umowy staje się nieopłacalne. Negocjacje prowadzone z pozwanym w zakresie zmiany umowy nie przyniosły jednak efektu.

Pozwany Skarb Państwa – Minister Sprawiedliwości wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z 20 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo o ukształtowanie (omyłkowo przedmiot sprawy określając jako o ustalenie).

Sąd pierwszej instancji ustalił między innymi, że 28 sierpnia 2013 r. Ministerstwo Sprawiedliwości wydało ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem było przygotowanie i realizacja usługi eksploatacji, wsparcia oraz rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego. Szacunkową wartość zamówienia bez Vat określono na 385 795 934, 24 zł, a kryterium udzielenia zamówienia została określona najniższa cena.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu przetargowym ofertę złożyło konsorcjum spółek w składzie: I., S., E. oraz I.1, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną kwotę 214 020 000 zł. W umowie z 27 listopada 2013 r. członkowie konsorcjum uzgodnili, że ich celem jest złożenie oferty w postępowaniu oraz w przypadku jej wybrania realizacja kontraktu. Liderem konsorcjum została I., będąc także pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 – dalej: „p.z.p.” lub „ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”), do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy. Lider został upoważniony do dokonywania między innymi wszelkich czynności związanych z udziałem konsorcjum w postępowaniu, w szczególności do składania oświadczeń wiedzy i woli w imieniu członków konsorcjum oraz udziału w postępowaniach dotyczących korzystania ze środków ochrony prawnej, odwoławczych, a w przypadku wybrania oferty konsorcjum do zawarcia kontraktu na realizację zamówienia.

25 kwietnia 2014 r. Skarb Państwa - Minister Sprawiedliwości zawarł z konsorcjum umowę, której przedmiotem było wytworzenie systemu informatycznego SDE oraz zapewnienie niezakłóconego jego działania w etapie pierwszym, a w etapie drugim wykonywanie usług eksploatacji i rozwoju SDE, utrzymania i serwisu oraz czynności materialno-technicznych. Umowa miała obowiązywać od 25 kwietnia 2014 r., przez 54 miesiące, przy czym realizacja etapu I (technicznego) nie mogła trwać dłużej niż 6 miesięcy od dnia jej wejścia w życie. Ustalono wynagrodzenie maksymalne wykonawcy na kwotę 214 020 000 zł. Za realizację I etapu wynagrodzenie określono na łączną kwotę 15 716 400 zł. W ramach drugiego etapu wynagrodzenie miało być wypłacane za dany miesiąc kalendarzowy za realizację czynności określonych w § 5 umowy i załączniku nr 2. Miało być ono obliczane jako suma iloczynów dobowego zryczałtowanego kosztu wykonywania czynności materialno-technicznych w stosunku do jednej osoby objętej systemem w etapie II, ustalonego w kwocie brutto 1086 zł oraz liczby osób faktycznie objętych systemem SDS w danej dobie, nie więcej niż 198 303 600 zł brutto. 30 października 2014 r. sporządzono protokół odbiorczy w ramach I etapu, w którym stwierdzono, że prace wykonano zgodnie z umową.

W umowie zastrzeżono, że zamawiający - zgodnie z art. 144 ust. 1 p.z.p. - przewiduje możliwość jej zmiany w przypadku zmiany przepisów prawa, których uchwalenie lub zmiana nastąpiły po wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, mających wpływ na realizację umowy i z których wynika konieczność lub zasadność wprowadzenia takich zmian.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za bezzasadne. Jego zdaniem między konsorcjantami istniało współuczestnictwo konieczne (art. 195 § 1 k.p.c.), z uwagi na charakter zgłoszonego roszczenia o ukształtowanie stosunku obligacyjnego, jakim jest żądanie zmiany umowy, której stroną byli wszyscy konsorcjanci. W takiej sytuacji wszystkie spółki tworzące konsorcjum mogą tylko łącznie domagać się ukształtowania stosunku obligacyjnego, ich sytuacja w stosunku do treści żądania pozwu jest bowiem jednakowa.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wobec wniesienia pozwu przez dwóch spośród czterech konsorcjantów konieczna była zmiana podmiotowa powództwa (art. 195 § 2 k.p.c.).

Wskazał, że zgodnie z wnioskiem powódek poinformował E. i S. o toczącym się postępowaniu oraz o możliwości wstąpienia do sprawy w charakterze powodów w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia zawiadomienia. Obie spółki przystąpiły do sprawy w charakterze powodów, E. pismem z 25 stycznia 2017 r., a S. przez złożenie oświadczenia do protokołu na rozprawie 14 maja 2018 r., przedstawiając pełnomocnictwa udzielone spółkom I. i I.1. Przystąpienia do sprawy Sąd uznał jednak za bezskuteczne z uwagi na niezachowanie dwutygodniowego terminu, o którym mowa w art. 195 § 2 k.p.c.

Wskazał, że wobec nie przystąpienia skutecznie do sprawy w charakterze powodów S. i E., a zatem niemożności nadania im charakteru współuczestników, nieskuteczne było udzielenie przez te spółki pełnomocnictwa powódkom I. i I.1. Jego zdaniem udzielenie pełnomocnictwa współuczestnikowi sporu jest możliwe tylko wtedy, gdy podmiot ten staje się stroną postępowania (art. 87 k.p.c.) Nie podzielił przy tym argumentacji Impel, że jej upoważnienie jako lidera konsorcjum wynikające z umowy konsorcjum upoważnia ją do występowania w charakterze pełnomocnika w postępowaniu sądowym. Zapisy zawarte w § 2 ust. 4, § 3 pkt 8 umowy konsorcjum nie mają bowiem charakteru pełnomocnictwa procesowego.

W konsekwencji przystąpienie spółek E. i S. do sprawy w charakterze powodów uznał za bezskuteczne także z tego względu, że zostało dokonane na podstawie pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum, który nie może występować w charakterze pełnomocnika procesowego. Czynności niewłaściwie umocowanego pełnomocnika nie mogły być także potwierdzone, gdyż występowanie w charakterze pełnomocnika podmiotu, który nie może być pełnomocnikiem oznacza brak należytego umocowania, skutkujące nieważnością postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Uchybienie to nie może być usunięte w drodze zatwierdzenia przez stronę czynności dokonanych przez tę osobę.

Wobec uznania, że wstąpienie do postępowania E. i S. było bezskuteczne stwierdził, że ich uprawnienie do przystąpienia do sprawy w charakterze powodów wygasło. Z kolei I. i I. 1 nie były upoważnione do samodzielnego dochodzenia w postępowaniu sądowym zmiany umowy. Skutkowało to oddaleniem powództwa z powodu braku

legitymacji procesowej łącznej o charakterze bezwzględny, bez potrzeby merytorycznego badania powództwa.

Apelację od tego rozstrzygnięcia złożyły zarówno powódki I. i I.1 jak i pozostali konsorcjanci S. i E..

Postanowieniem z 27 lutego 2019 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie odrzucił apelację E. i S. wobec stwierdzenia, że podmioty te nie miały statusu strony w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, nie są zatem legitymowane do wywiedzenia apelacji. Sąd ten postanowieniem z 28 czerwca 2018 r. uznał bowiem ich przystąpienie do sprawy za bezskuteczne.

Od powyższego rozstrzygnięcia zażalenie wniosły E., S., I. i I.1. Postanowieniem z 18 lipca 2019 r. Sąd Najwyższy zażalenie I. i I.1 odrzucił, a E. i S. oddalił.

W motywach rozstrzygnięcia stwierdził, że powódki I. i I.1 nie mają interesu prawnego w zaskarżeniu postanowienia o odrzuceniu apelacji. Swoje obiekcje w tym zakresie mogą bowiem wyrazić w toku rozpoznawania ich apelacji, włącznie z badaniem ważności postępowania. W odniesieniu natomiast do zażalenia E. i S. stwierdził, że trafnie odrzucono ich apelację, nie może jej bowiem wnieść podmiot, który nie był stroną w postępowaniu i nie występuje w sentencji wyroku skutecznie zaskarżonego przez podmioty, tą stroną będącymi. Legitymację do wniesienia apelacji mają bowiem zawsze te podmioty, w stosunku do których został wydany wyrok (art. 367 § 1 k.p.c.).

Po rozpoznaniu apelacji powódek I. i I.1 Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 17 lipca 2020 r. oddalił apelację, uznając, że zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

Sąd Apelacyjny w pełni zaaprobował stanowisko Sądu pierwszej instancji, że powódkom I. i I.1 samodzielnie nie przysługuje legitymacja czynna. Z uwagi na charakter roszczenia jakim jest żądanie zmiany umowy, wymagane jest bowiem działanie po stronie powodowej wszystkich członków konsorcjum, a ich uczestnictwo w sprawie jest konieczne (art. 72 § 2 k.p.c.).

Miał na względzie, że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku to nie konsorcjant, lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy

podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Porozumienie konsorcyjne nie zmienia tego, że zarówno uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i stroną w postępowaniu sądowym związanym z umową nie jest konsorcjum ani jego lider, lecz podmioty tworzące konsorcjum. Skoro do zawarcia umowy w ramach postępowania przetargowego wymagana jest legitymacja łączna konieczna, to taka sama legitymacja obowiązuje przy zmianie umowy.

Wskazał, że przedmiotem sprawy było żądanie wydania orzeczenia zastępującego oświadczenie woli pozwanego w zakresie zmiany umowy (art. 64 k.c.). Wyrok, którego wydania żądają powódki ma zatem tworzyć taki stan, jaki by powstał, gdyby strony zawarły aneks do umowy zmieniając jej postanowienia w zakresie wynagrodzenia i sposobu jego płatności. Nie można zatem przyjąć, że poszczególni konsorcjanci, czy też lider konsorcjum mogą zmienić umowę, czy też żądać zmiany umowy wiążącej wszystkie podmioty, których praw i obowiązków dotyczy. Podkreślił w tym kontekście niekonsekwencję powódek, które na etapie postępowania apelacyjnego, zmodyfikowały swoje stanowisko w tym przedmiocie.

Zauważył, że żądanie pozwu dotyczy zmiany § 8 umowy, który traktuje o zasadach płatności, poprzez dodanie postanowień o minimalnym wynagrodzeniu. W umowie z 25 kwietnia 2014 r. jako wykonawcy wstępują natomiast wszystkie podmioty, które wspólnie ubiegały się o realizację zamówienia publicznego. Brak w niej wyodrębnienia konsorcjantów, którzy będą otrzymywać wynagrodzenie na kolejnych etapach, gdyż nazywani są zbiorczo wykonawcami. Wprawdzie w umowie konsorcjum jej strony dokonały między sobą podziału prac na poszczególne zakresy (§ 3) i ustaliły, że każdy będzie wykonywać swoje zadanie w charakterze niezależnego wykonawcy, brak jest jednak szczegółowego podziału prac (załączników do umowy konsorcjum, o których mowa w § 3 ust. 1). Nie można zatem na tej podstawie wyodrębnić i ustalić w jakiej części umowa była wykonywana przez poszczególnych wykonawców i w jakim zakresie należne jest każdemu z nich wynagrodzenie, a w konsekwencji przyjąć, że zmiana umowy w żądanym zakresie dotyczy tylko niektórych konsorcjantów.

Podzielił zarzuty apelacji, że wezwanie do udziału w sprawie w trybie 195 k.p.c. powinno przybrać formę postanowienia, a nie zarządzenia. Uznał jednak, że było to uchybienie, które nie miało wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. S. została bowiem zawiadomiona o możliwości wstąpienia do sprawy w charakterze strony, lecz w przepisany terminie tego nie uczyniła. W piśmie procesowym z 26 kwietnia 2017 r. wyraźnie natomiast wskazała, że nie ma podstaw, aby występowała w sprawie w charakterze strony pozwanej, o co wносиły powódki. Podkreślił, że przyjęcie roli procesowej powoda na skutek wezwania w trybie art. 195 k.p.c. nie jest kreowane przez wolę współuczestników sporu, czy orzeczenie sądu. Nikt nie może być bowiem przymuszany do podjęcia i prowadzenia sporu sądowego. Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem, jeżeli osoba zawiadomiona nie złoży oświadczenia o przystąpieniu do sprawy, sąd oddali powództwo z powodu braku legitymacji łącznej czynnej. W tych okolicznościach naruszenie art. 194 § 3 k.p.c. nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż występowanie S. w roli pozwanej nie sanuje braków legitymacji czynnej w sprawie.

Zgodził się ze stanowiskiem skarżących, iż złożenie oświadczenia S. o przystąpieniu do sprawy w charakterze powoda po terminie skutkować powinno uznaniem, że doszło do wniesienia nowego powództwa. Również to uchybienie pozostaje jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Wystąpienie z nowym powództwem rozpoczyna bowiem nową sprawę, ale nie może sanować braków w zakresie legitymacji w niniejszej sprawie.

Termin wskazany w art. 195 § 2 k.p.c. jest terminem sądowym i jego upływ powoduje bezskuteczność późniejszego uzupełnienia legitymacji procesowej (art. 167 k.p.c.); w tym przypadku nie ma także zastosowania art. 130 k.p.c. Brak natomiast przynajmniej jednego podmiotu, w przypadku legitymacji łącznej stanowi przeszkodę materialnoprawną do uwzględnienia powództwa.

Sąd Apelacyjny podzielił także zarzut naruszenia art. 87 § 1 k.p.c. Stwierdził, że nie ma żadnych przeszkód, by udzielić pełnomocnictwa osobie, która jest już uczestnikiem postępowania (stroną procesu) przez tego, kto ma się nim dopiero stać. Oświadczenie o przystąpieniu do sprawy prowadzi bowiem do powstania stosunku współuczestnictwa i legitymuje osobę, której udzielono pełnomocnictwa,

do pełnienia tej roli w procesie. Skoro współuczestnik sporu będący pełnomocnikiem może w imieniu swego mocodawcy wytoczyć powództwo wzajemne, czy wnieść skargę o wznowienie postępowania, a więc zainicjować nowe postępowanie, to nie ma przeszkód, by zgłosił przystąpienie mocodawcy do udziału w toczącej się już sprawie.

Stwierdził jednak, że pełnomocnictwo z 24 stycznia 2017 r., udzielone przez E., jak i z 13 maja 2018 r. udzielone przez S. wskazują na reprezentowanie konsorcjum oraz członka konsorcjum wobec zamawiającego, w związku z umową z 25 kwietnia 2014 r., co nie spełnia wymogu pełnomocnictwa procesowego do reprezentowania konsorcjanta przed sądem. Braki formalne pełnomocnictwa mogły być w takiej sytuacji usunięte w trybie art. 130 k.p.c. Uchybienie w zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia braków formalnych pism dotyczących wstąpienia do sprawy w piśmie z 25 stycznia 2017 r. oraz na rozprawie 14 maja 2018 r. nie ma jednak w jego ocenie znaczenia dla wyniku sprawy, skoro S. w przepisany terminie nie wstąpiła do sprawy.

Odnosząc się do kwestii rozszerzenia powództwa wskazał, że na rozprawie 26 czerwca 2018 r. powódki wystąpiły obok dotychczasowego, z nowym roszczeniem (żądaniem zapłaty). Jego zdaniem taka zmiana prowadziła w istocie do powstania nowego powództwa i tak „zmienione ilościowo” roszczenie zasadnie potraktowano jako nową sprawę, która podlegać będzie rozpoznaniu pod nową sygnaturą, zgodnie z § 63 zw. z art. 31 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej wydanego na podstawie art. 148 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 23, że zm.).

Niezależnie od oddalenia powództwa z uwagi na brak legitymacji czynnej Sąd Apelacyjny stwierdził, że jest ono bezzasadne także ze względu na wygaśnięcie umowy według stanu rzeczy istniejącego w dacie zamknięcia rozprawy przed Sądem drugiej instancji (art. 316 k.p.c.).

Umowa łącząca strony była bowiem terminowa i obowiązywała od 25 kwietnia 2014 r., przez okres 54 miesięcy. Na rozprawie 8 lipca 2020 r. przed Sądem Apelacyjnym strony potwierdziły, że umowa została wykonana w całości, a umówione

wynagrodzenie zostało zapłacone. W konsekwencji umowa jako zawarta na czas określony wygasła, skoro została wykonana przez obie strony zgodnie z jej treścią, co czyni niemożliwym jej modyfikację w kierunku zmiany wysokości wykonanego zobowiązania ze skutkiem retroaktywnym. Nie można bowiem kształtować stosunku obligacyjnego, który nie istnieje, gdyż wygasł na skutek wykonania oraz dokonać zmiany wysokości świadczenia, które już zostało spełnione. Podkreślił, że orzeczenie zastępujące oświadczenie woli ma charakter konstytutywny i uznaje się je za złożone z chwilą uprawomocnienia się wyroku; nie ma mocy wstecznej od chwili wniesienia pozwu. W konsekwencji uznał, że powództwo jest bezprzedmiotowe, nie jest bowiem dopuszczalna zmiana umowy już wykonanej.

W skardze kasacyjnej powódki zaskarżyły wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, wnosząc o jego uchylenie.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciły:

1. naruszenie prawa materialnego:

1. art. 357¹ k.c. (ewentualnie art. 632 § 2 k.c.) przez błędną wykładnię i przyjęcie, że z chwilą wykonania umowy odpada możliwość jej zmiany w oparciu o klauzulę *rebus sic stantibus* i to pomimo tego, że powódki pozew o zmianę umowy wniosły w trakcie jej wykonywania, a z żądania pozwu jednoznacznie wynika, że nie godzą się na określony w niej sposób ustalania wysokości wynagrodzenia, domagając się jego zmiany przez dodanie do umowy postanowień o wynagrodzeniu minimalnym;
2. art. 354 § 1 k.c. w zw. z § 12 ust. 2 pkt 2 umowy z 25 kwietnia 2014 r. przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że pozwany, który realnie nie podjął z powódkami negocjacji w przedmiocie zmiany zasad ustalania wynagrodzenia na skutek zmiany prawa i zapłacił wynagrodzenie niższe niż żądane przez powódki wynagrodzenie minimalne, wykonał umowę zgodnie z jej treścią, skutkiem czego umowa ta wygasła, a wynagrodzenie nią określone nie może być zmienione w drodze orzeczenia sądu;
3. art. 357¹ k.c. (ewentualnie art. 632 § 2 k.c.) przez błędną wykładnię i przyjęcie, że z żądaniem zmiany umowy wskutek zmiany stosunków muszą wystąpić wszyscy wykonawcy, w tym także te podmioty będące stroną umowy, które

nie poniosły żadnej straty w następstwie jej wykonania, a żądanie takie nie przysługuje samodzielnie temu podmiotowi, któremu grozi rażąca strata nawet wtedy, gdy obejmuje świadczenie podzielne (art. 379 § 1 k.c.);

4. art. 23 ust. 1 i 2 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy p.z.p. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że skoro z art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p. wynika łączna reprezentacja członków konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to taka sama legitymacja obowiązuje przy żądaniu w procesie zmiany umowy już zawartej,

zarzucając przy tym w odniesieniu do czterech powyższych zarzutów również obrazę art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, art. 6 ust. 1 i 3, art. 19 ust. 1 zd. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: „Traktat”) w zw. z art. 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: „Karta”) i art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – dalej: „Konwencja” (zasada ochrony praw majątkowych) oraz obrazę art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, art. 6 ust. 1 i 2 Traktatu w zw. z art. 47 Karty oraz art. 6 Konwencji (prawo do sądu) - w postaci niedokonania przez Sąd Apelacyjny *pro* konstytucyjnej i zgodnej z prawem europejskim wykładni art. 357¹ k.c. (ewentualnie art. 632 § 2 k.c.);

1. art. 357¹ k.c. (ewentualnie art. 632 § 2 k.c.) przez błędną wykładnię i przyjęcie, że powództwo o zapłatę wynagrodzenia zmienionego w oparciu o art. 357¹ k.c. (art. 632 § 2 k.c.) ma samodzielny byt względem powództwa obejmującego jedynie żądanie zmiany umowy w przedmiocie wynagrodzenia i w rezultacie może być rozpoznane w odrębnym postępowaniu,
2. naruszenie przepisów prawa procesowego:
 3. art. 378 § 1 w zw. 382 k.p.c. i art. 379 pkt 2 i 5 k.p.c. polegające na nierozpoznaniu podniesionego w apelacji zarzutu nieważności postępowania w postaci pozbawienia strony powodowej możliwości obrony swoich praw wskutek tego, że Sąd Okręgowy zawiadomił o toczącym się postępowaniu S. będącą w ocenie sądu współuczestnikiem koniecznym w dniu, w którym podmiot ten nie posiadał zdolności procesowej z uwagi na brak organu powołanego do reprezentacji i nie wezwał strony powodowej do wystąpienia z wnioskiem o wyznaczenie kuratora (art. 195 § 1 *in fine* k.p.c.);

4. nieważność postępowania wobec uznania przez Sąd Apelacyjny, że przystąpienie do sprawy w charakterze powoda przez E. mogło być uznane za skuteczne i dokonane w terminie po uzupełnieniu braków formalnych (art. 130 k.p.c.), czego Sąd Okręgowy bezzasadnie zaniechał, a co w efekcie spowodowało, że E. został pozbawiony możliwości obrony swych praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.), gdyż nie brał udziału w rozprawach, nie otrzymywał odpisów pism i orzeczeń, nie został wymieniony w wyroku, a nade wszystko został pozbawiony prawa do żądania powtórzenia wszystkich czynności procesowych (art. 198 § 3 k.p.c.), w tym zawiadomienia S. o toczącym się postępowaniu, co miało istotny wpływ na wynik sprawy;
5. art. 378 § 1 w zw. z art. 382 k.p.c. oraz art. 386 § 4 k.p.c. polegające na nieuwzględnieniu postawionego w apelacji zarzutu naruszenia art. 195 § 1 i 2 k.p.c., którego uwzględnienie prowadziło do uchylenia zaskarżonego wyroku wskutek nierozpoznania istoty sprawy, przez:
 - a) błędne przyjęcie, że w sprawie o zmianę umowy konieczny jest udział w sprawie w charakterze powodów wszystkich podmiotów występujących po stronie wykonawcy (art. 72 § 2 k.p.c.);
 - b) błędne przyjęcie, że „zawiadomienie o postępowaniu” wystosowane przez Sąd Okręgowy do S. i E. 4 stycznia 2017 roku skutecznie otworzyło dwutygodniowy termin do wstąpienia do sprawy w charakterze powoda, pomimo że:
 - zawiadomienie to wzywało do „zajęcia stanowiska w sprawie w terminie 14 dni od dnia doręczenia”, a nie wskazywało, że adresat zawiadomienia może przystąpić do sprawy w charakterze powoda, czego wymagał również § 129 ust. 4 ówczesnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości Regulamin urzędowania sądów powszechnych z dnia 23 grudnia 2015 roku (Dz.U. z 2015 r., poz. 2316 – dalej: „Regulamin”), zaś samo przytoczenie w zawiadomieniu literalnej treści art. 195 § 1 i 2 k.c. nie było wystarczające z uwagi na to, że przepis ten reguluje zarówno wezwanie do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanego, jak i możliwość przystąpienia do sprawy w charakterze powoda i adresat pisma

z jego treści nie wiedział, w jakim charakterze - potencjalnego powoda czy pozwanego jest do niego kierowane to pismo;

- S. w dniu doręczenia tego zawiadomienia nie miała zarządu,
- w pouczeniu kierowanym do podmiotów zawiadamianych Sąd Okręgowy nie wskazał rygoru w postaci bezskuteczności ewentualnego przystąpienia do sprawy w charakterze powoda po terminie, co wyklucza przyjęcie takiego skutku prawnego;

c) błędne przyjęcie, że skoro S. przystąpiła do sprawy w charakterze powoda dopiero na rozprawie 14 maja 2018 roku, to przystąpienie to jest spóźnione i jako takie nie wywołuje skutku (art. 167 k.p.c.), podczas gdy sankcją za niedochowanie terminu, o którym mowa w art. 195 § 2 *in fine* k.p.c. - i pod warunkiem, że bieg tego terminu w ogóle się rozpoczął z uwagi na wadliwość zawiadomienia - jest brak możliwości żądania przez powoda przystępującego do sprawy po dwutygodniowym terminie powtórzenia dotychczasowego postępowania w całości (arg. z art. 198 § 3 k.p.c.), ewentualnie uznanie, że sprawa została wniesiona na nowo z chwilą dokonanego przystąpienia;

d) błędne przyjęcie, że S. mogła występować w sprawie jedynie w charakterze powódki, a nie również w roli pozwanej i w konsekwencji nieuwzględnienie postawionego w apelacji zarzutu naruszenia art. 194 § 3 k.p.c., zwłaszcza wobec treści „zawiadomienia o postępowaniu” z 4 kwietnia 2017 r. wystosowanego przez Sąd Okręgowy do S. oraz „wezwania do zajęcia stanowiska w sprawie w terminie 14 dni od dnia doręczenia pod rygorem dopozwania” i powołania w treści pouczenia art. 194 § 3 k.p.c. oraz wobec brzmienia art. 198 § 1 k.p.c., zgodnie z którym wezwanie do wzięcia udziału w charakterze pozwanego, dokonane przez sąd zgodnie z artykułami poprzedzającymi, zastępuje pozwanie;

e) brak stanowczego przesądzenia w uzasadnieniu, czy E. przystąpił przed sądem pierwszej instancji do postępowania w charakterze powoda (art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.), a więc czy Sąd Apelacyjny uwzględnił czy nie uwzględnił postawiony w apelacji zarzut naruszenia art. 130 § 1, 2 i 3 k.p.c. w postaci zaniechania wezwania przez Sąd Okręgowy do uzupełnienia braków formalnych przystąpienia do sprawy w charakterze powoda przez przedłożenie

prawidłowego w ocenie Sądu pełnomocnictwa procesowego, także wobec późniejszego potwierdzenia przez E. czynności procesowych dokonanych w postępowaniu w imieniu tej spółki;

f) błędne przyjęcie, że nie ma znaczenia orzeczenie przez Sąd Okręgowy o zawiadomieniu o toczącym się postępowaniu w formie zarządzenia Przewodniczącej zamiast postanowienia, mimo że § 129 ust. 3 Regulaminu wymagał doręczenia zawiadamianemu podmiotowi odpisu postanowienia określającego jego rolę procesową i przyczynę zawiadomienia, tym bardziej gdy postanowienie to powinno zostać wydane na rozprawie (art. 148 § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 21 sierpnia 2019 roku);

1. art. 93 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 193 § 1, 2 i 3 k.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia o wyłączeniu zmienionego powództwa do odrębnego rozpoznania na zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej z dnia 19 czerwca 2019 roku (Dz.Urz.MS z 2019 r., poz. 138 – dalej: „Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 19 czerwca 2019r.”), podczas gdy zarządzenie to nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego i nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów;

2. art. 229 k.p.c. przez błędne przyjęcie, że „na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym 8 lipca 2020 r. strony potwierdziły, że umowa została wykonana w całości, a wynagrodzenie umówione zostało zapłacone”, gdy tymczasem strona powodowa żadnego takiego oświadczenia nie składała i nie zostało ono ujęte w protokole rozprawy, a przy tym przyjęcie takiego wniosku stanowczo przeczy postawie procesowej strony powodowej, wyrażonej w pozwie i podtrzymywanej w toku postępowania.

Powódki wniosły także o skierowanie przez Sąd Najwyższy pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści: Czy prawo unijne, a w szczególności art. 19 ust. 1 zd.2 Traktatu w zw. z art. 47 Karty stoi na przeszkodzie przepisom krajowym (art. 357¹ k.c.) interpretowanym w ten sposób, że: a) członkowie konsorcjum będącego oferentem w sprawie o udzielenie

zamówienia publicznego są pozbawieni, w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków oraz spełnienia pozostałych przesłanek materialnoprawnych, możliwości indywidualnego żądania zmiany przed sądem umowy zawartej w wyniku tego postępowania? Na rozprawie 24 lipca 2024 r. z uwagi na czas trwania postępowania, który w przypadku skierowania pytania prejudycjalnego do TSUE jeszcze znacząco by się przedłużył, skarżące cofnęły wniosek w tym przedmiocie.

Pozwany w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

W piśmie procesowym z 28 kwietnia 2021 r. powódki przytoczyły dodatkowe uzasadnienie podstaw kasacyjnych w związku z argumentacją podniesioną przez przeciwnika skargi w odpowiedzi na skargę. Wniosły także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci kopii oświadczenia T. B. z 13 grudnia 2016 r. o rezygnacji z funkcji członka zarządu S. z prezentatą potwierdzającą datę jego wpływu do spółki a także oświadczenia N. G. z 11 marca 2021 r. na okoliczność braku zarządu w spółce S. w dacie doręczenia jej zawiadomienia o możliwości przystąpienia do sprawy w charakterze powoda. Dopuszczalność przeprowadzenia tych dowodów przez Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym motywowały tym, że zostały pozbawione ochrony swoich praw, skoro ich powództwo oddalono wyłącznie z tej przyczyny, że S. nie przystąpiło do sprawy w charakterze powoda, mimo zawiadomienia, które w świetle art. 195 § 1 k.p.c. nie było skuteczne. Dowody te wykazują zatem nieważność postępowania, uwypuklają także zarzut naruszenia art. 382 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez to, że Sąd Apelacyjny pominął tę kwestię milczeniem w uzasadnieniu.

Pozwany w piśmie procesowym z 11 czerwca 2021 r. wniósł o pominięcie nowych wniosków dowodowych sformułowanych przez powódki w piśmie z 28 kwietnia 2021 r.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Sąd Najwyższy miał na względzie, że skargę kasacyjną przyjął do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym 24 czerwca 2021 r. sędzia Sądu Najwyższego, który został powołany do urzędu na stanowisku sędziowskim przez Prezydenta

Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej w trybie określonej przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 3, z późn. zm.), co zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. podjętą w składzie połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (BSA I – 4110-1/2020), mającą moc zasady prawnej, skutkuje sprzecznością tak ukształtowanego składu sądu - orzekającego po dniu wydania uchwały - z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. (pkt 1 i 3 oraz 54 uchwały), (zob. także wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z 8 listopada 2021 r., *Dolińska-Ficek, Ozimek przeciwko Polsce*, skargi nr 49868/19 i 57511/19; z 3 lutego 2022 r., *Advance Pharma spółka z.o.o. przeciwko Polsce*, skarga nr 1469/20; i z 23 listopada 2023 r., *Wałęsa przeciwko Polsce*, skarga nr 50849/21).

Sąd Najwyższy miał jednak na uwadze, że pozytywna decyzja procesowa w przedmiocie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, warunkowana stwierdzeniem publicznoprawnych okoliczności przemawiających za merytorycznym rozstrzygnięciem skargi przez Sąd Najwyższy (przyczyn kasacyjnych - art. 398⁹ § 1 k.p.c.), nie kończy postępowania kasacyjnego i nie podlega badaniu w aspekcie materialnym lub procesowym przez skład Sądu Najwyższego orzekający o zasadności podstaw skargi kasacyjnej. Rozstrzygnięcie to nie mogłoby w konsekwencji rzutować na ostateczny wynik postępowania kasacyjnego. Brak było zatem przeszkód proceduralnych do merytorycznego rozpoznania skargi, zwłaszcza, że w okolicznościach sprawy istniały podstawy do przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Czyni to bezprzedmiotowym potrzebę szczegółowych rozważań dotyczących pozostawiania tej uchwały w mocy, mimo zmian stanu prawnego i wydania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego jej dotyczących.

Na etapie postępowania kasacyjnego do akt sprawy wpłynęło pismo organizacji pozarządowej F. w W. z 19 kwietnia 2021 r. przedstawiające - na podstawie art. 63 k.p.c. - oświadczenie tej F. zawierający istotny dla sprawy pogląd. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że w przypadku przedstawienia poglądu przez organizację niespełniającą wymogów uczestnictwa w konkretnej sprawie w kontekście katalogu spraw określonego w art. 61 k.p.c. i koniecznego związku

między przedmiotem sprawy a zadaniami statutowymi organizacji, Sąd Najwyższy odmawia przyjęcia poglądu.

Sąd Najwyższy odmówił przyjęcia poglądu przedstawionego w postępowaniu kasacyjnym przez F. w W. ze względu na niewykazanie, że przedmiot sprawy mieści się w zakresie zadań statutowych F. (art. 63 w związku z art. 61 § 1 k.p.c.). Przedstawienie istotnego dla sprawy poglądu jest bowiem możliwe jedynie w sprawach, w których organizacja pozarządowa może uczestniczyć w postępowaniu, a nie jak twierdzi F. w każdej sprawie cywilnej (zob. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2021 r., III CZP 58/22, niepubl. oraz z 13 maja 2022 r., III CZP 83/22, niepubl.).

W rozpoznawanym przypadku sytuacja taka nie zaistniała. Zadania statutowe F. w postaci ochrony praw i interesów pracodawców w sposób określony w § 4 pkt 1 -10 statutu nie łączą się bowiem z zagadnieniami, które powstały na bazie analizowanej sprawy. Brak także podstaw do ich kwalifikowania w ramach art. 61 § 1 pkt 5 k.p.c. Sprawą o ochronę równości i niedyskryminacji nie jest bowiem sprawa z powództwa spółek prawa handlowego o ukształtowanie umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego. Szersze dopuszczenie organizacji pozarządowych do udziału w postępowaniu cywilnym, aczkolwiek pożądane, może być w aktualnym stanie prawnym traktowane jako postulat *de lege ferenda* pod adresem ustawodawcy.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że przewidziane w art. 398³ § 3 k.p.c. wyłączenie zarzutów nie mogących stanowić podstawy kasacyjnej dotyczy obok art. 233 § 1 k.p.c., także przepisów regulujących tak zwane bezdowodowe ustalanie faktów, czyli art. 229 i 230 k.p.c., co czyni zarzuty skargi oparte na ich naruszeniu chybionymi (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2006 r., V CSK 146/06, niepubl. oraz wyroki Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2008 r., IV CSK 404/07, niepubl. i z 9 października 2014 r., I CSK 544/14, OSNC-ZD 2016, nr 1, poz. 4). Zarzut naruszenia art. 229 k.p.c. związany z kwestionowaniem przyznania przez powódki, że umowa została wykonana w całości, a umówione wynagrodzenie zostało zapłacone, uchyla się zatem od oceny Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym.

Ubocznie dostrzeżenia wymaga, że z motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia

wynika, że Sąd Apelacyjny przyznanie przez powódki wykonania umowy odnosił jedynie do upływu terminu jej obowiązywania i wypłaty uzgodnionego wynagrodzenia. Koncentrował się zatem wyłącznie na literalnej treści umowy, a nie wskazywanych przez powódki przesłankach do jej zmiany i w tym kontekście wykonaniu przez pozwanego zobowiązania.

Na uwzględnienie zasługują natomiast materialnoprawne zarzuty skargi dotyczące wpływu wykonania umowy na możliwość ubiegania się o jej zmianę na podstawie art. 357¹ k.c.

Co do zasady rację ma Sąd Apelacyjny, że nie można żądać zmiany stosunku zobowiązaniowego, który został już wykonany. Nie ma także wątpliwości, że nie można mocą orzeczenia sądu modyfikować stosunku zobowiązaniowego, który wygasł. Nie uwzględnił jednak, że nie dotyczy to sytuacji, gdy – tak, jak ma to miejsce w okolicznościach sprawy - przesłanki do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* wystąpiły w czasie istnienia danego stosunku zobowiązaniowego, spełnienie świadczenia nie stanowiło, według twierdzeń pozwu wykonania zobowiązania (art. 354 § 1 k.c.), a dodatkowo strona powodowa wystąpiła z odpowiednim żądaniem w czasie, gdy istniała jeszcze możliwość oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub rozwiązania umowy, czyli wtedy gdy trwał jeszcze stosunek zobowiązaniowy.

W takich stanach faktycznych brak podstaw do twierdzenia, że stosunek zobowiązaniowy wygasł, a zatem nie ma przeszkód konstrukcyjnych do ubiegania się o sądową modyfikację umowy. Nie do zaakceptowania jest także pogląd, że powód występujący o ukształtowanie stosunku prawnego powinien ponosić negatywne skutki wynikające z czasu trwania postępowania sądowego (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2018 r., III CSK 369/16, niepubl.; z 30 maja 2017 r., IV CSK 445/16, niepubl.; z 19 listopada 2014 r., II CSK 191/14, niepubl.; i z 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, niepubl.).

Jeżeli zatem po wniesieniu pozwu upłynie okres na który umowa została zawarta, a pozwany spełni świadczenie zgodnie z treścią umowy, nie oznacza to, że powód utracił uprawnienie do żądania zmiany umowy. Powódki dostatecznie bowiem zmanifestowały, iż nie uważają spełnienia ustalonego świadczenia za wykonanie zobowiązania skutkujące jego wygaśnięciem i wytoczyły we właściwym czasie

powództwo. Przeciwnie stanowisko kolidowałoby z prawem do sądu, skoro żądanie materialnoprawne w ujęciu przedstawionym przez Sąd drugiej instancji byłoby uzależnione - w takich stanach faktycznych - od tempa rozpoznawania sprawy. Oceny tej nie zmienia zawarcie umowy w ramach zamówienia publicznego, do której zastosowanie znajdował art. 144 p.z.p. Dotyczy on bowiem jedynie umownych modyfikacji umowy, do której - z braku zgody pozwanego - nie doszło.

Ocena naruszenia art. 632 § 1 i 2 k.c. jest przedwczesna. O jego słuszności nie były przekonane same skarżące, skoro jednocześnie podniosły zarzuty naruszenia art. 357¹ k.c., który jak wynika z analizy pozwu stanowił podstawę prawną ich żądania. Skarżące nie formułowały twierdzeń w toku dwuinstancyjnego postępowania, które podlegałyby kwalifikacji w płaszczyźnie art. 632 § 2 k.c., brak zatem podstaw do analizowania przez Sąd Najwyższy zaistnienia przesłanek do jego ewentualnego stosowania.

Ubocznie dostrzeżenia wymaga, że art. 632 § 2 k.c. jest regulacją szczególną w stosunku do art. 357¹ k.c. Stosowanie art. 357¹ k.c. jest zatem bezprzedmiotowe w tych wszystkich przypadkach, do których zastosowanie znajduje art. 632 § 2 k.c. dotyczący podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o dzieło.

Nie są natomiast zasadne zarzuty skargi, zgłoszone w ramach obu podstaw, które kwestionują przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że w sprawie dotyczącej żądania zmiany umowy między konsorcjantami występuje współuczestnictwo konieczne. Motywy zaskarżonego rozstrzygnięcia nie potwierdzają tezy skarżącego, że Sąd Apelacyjny oparł swoją argumentację w tym zakresie wyłącznie na art. 23 ust. 1 i 2 p.z.p.; wyraźnie bowiem akcentował charakter zgłoszonego przez powódki żądania o ukształtowanie stosunku prawnego.

Współuczestnictwo konieczne czynne jest kwalifikowanym rodzajem współuczestnictwa materialnego. Może ono wynikać albo z istoty stosunku będącego przedmiotem procesu, który wskazuje na konieczność łącznego występowania uprawnionych (łączna legitymacja procesowa) lub przepisu ustawy (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2019 r., II CSK 371/18, OSNC 2019, nr 10, poz. 104). To czy występuje współuczestnictwo konieczne (art. 72 § 2 i 195 k.p.c.) jest silnie zdeterminowane okolicznościami konkretnej sprawy i rodzajem zgłoszonego żądania. Zagadnienie to każdorazowo należy zatem

analizować w okolicznościach konkretnych spraw i zawodne jest wyciąganie uogólnionych wniosków w tym przedmiocie z judykatów, które zapadły w sprawach o odmiennych okolicznościach faktycznych.

Trafnie Sąd Apelacyjny przyjął, że w analizowanym przypadku między konsorcjantami istnieje współuczestnictwo konieczne.

Przedmiotem sprawy jest bowiem zmiana umowy, a zatem zmodyfikowanie łączącego wszystkich członków konsorcjum z pozwanym umowy. Stanowisko, że modyfikacja ta mogłaby się odbyć bez wszystkich stron umowy, których dotyczy należy odrzucić. Nie można również przyjąć, że nadanie nowego kształtu umowie mogłoby być traktowane jako czynność zachowawcza. Może ona bowiem jedynie zmierzać do zachowania wspólnego prawa, a nie do jego ukształtowania w sposób odmienny (art. 209 k.c.).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że w ramach powództw o ukształtowanie stosunku prawnego zachodzi konieczność udziału w procesie wszystkich podmiotów przekształcanego stosunku prawnego (zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z 17 września 1969 r., III CZP 65/69, OSNCP 1970, nr 2, poz. 28 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 2013 r., II CSK 317/12, niepubl.). Stanowisko to zasługuje na podzielenie i należy je podtrzymać także w zakresie powództw o ukształtowanie stosunku prawnego wytaczanych na podstawie art. 357¹ k.c. przez członków konsorcjum. Odmiennej oceny należy natomiast dokonać w zakresie spraw o zapłatę wytaczanych przez członków konsorcjum.

Takie też stanowisko zajmowały pierwotnie skarżące uznając udział pozostałych konsorcjantów w sprawie o zmianę umowy za konieczny i domagając się ich zawiadomienia, celem umożliwienia im przystąpienia do sprawy w charakterze powodów w trybie art. 195 § 2 k.p.c. (k. 3- 15).

Powództwo w kształcie rozpoznawanym przez Sądy obu instancji dotyczyło jedynie zmiany umowy a nie zapłaty, rozszerzony pozew został bowiem wyłączony do odrębnego rozpoznania i rozstrzygnięcia. Nieadekwatne zatem do przedmiotu rozstrzygnięcia jest odwoływanie się do problematyki współuczestnictwa między konsorcjantami na tle spraw o zapłatę. Nie znajduje żadnego oparcia w konstrukcji żądania opartego na art. 357¹ k.c. teza, że świadczenie dochodzone pozwem jest podzielne (art. 379 § 1 k.c.). Prezentując taki pogląd skarżące odnoszą

je jak się wydaje do sprawy o zapłatę, która została wyłączona do odrębnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, a nie do sprawy o ukształtowanie stosunku prawnego, która była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądów *meriti*.

Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że wymagany skład osobowy strony powodowej w przypadku konsorcjum zależy od rodzaju zgłoszonego żądania oraz od zewnętrznego i wewnętrznego ukształtowania pozycji uczestnika konsorcjum (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2018 r., II CSK 452/17, niepubl.; z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, niepubl.; z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, niepubl. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, niepubl.).

Umowa konsorcjum nie została uregulowana w kodeksie cywilnym ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym, a została ukształtowana przez praktykę, jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego, na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Podstawą powołania konsorcjum jest umowa o wspólne działanie samodzielnie i autonomicznie występujących partnerów przy zawieraniu, której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymogiem zachowania jednolitej formy organizacyjno-prawnej. Ani w doktrynie, ani w judykaturze nie wypracowano jednolitej charakterystyki prawnej umowy konsorcjum, ani nie dokonano precyzyjnej oceny skutków jej zawarcia. Zasadniczo przyjmuje się, że konsorcjum stanowi umowny stosunek prawny nakierowany na współdziałanie, w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, a jego konstrukcja jest najbardziej zbliżona do umowy spółki cywilnej, choć co do zasady współpraca ma charakter tymczasowy, odmienny jest charakter reprezentacji, nie występuje rozbudowana więź organizacyjna ani wspólny majątek. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, iż zróżnicowanie stanów faktycznych i prawnych uniemożliwia jednolitą kwalifikację prawną konsorcjum, które może być spółką cywilną, stanowić jej podtyp lub mieć charakter samodzielny, za czym przemawiałyby zwłaszcza brak majątku wspólnego, więzi organizacyjnych oraz tymczasowy charakter współpracy (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, niepubl. i orzecznictwo przytoczone w jego uzasadnieniu).

W przypadku, gdy z treści konkretnego stosunku prawnego będzie wynikało, że umowa konsorcjum wykazuje istotne cechy spółki cywilnej należy do niej stosować przepisy kodeksu cywilnego o spółce cywilnej. Z praktyki orzeczniczej wynika jednak, że są to bardzo rzadkie przypadki. Jeżeli natomiast takich cech nie będzie wykazywać, należy ją zakwalifikować jako umowę nienazwaną zbliżoną do spółki prawa cywilnego i wówczas przepisy o spółce cywilnej stosować, co do zasady *per analogiam*. Deficyt regulacji prawnych dotyczących konstrukcji konsorcjum oraz różnice między stopniem zespolenia organizacyjnego po stronie konsorcjantów i wspólników spółki cywilnej nakazują jednak ostrożność przy analogicznym stosowaniu do tego rodzaju umów przepisów o spółce cywilnej, może to, bowiem prowadzić do powstania skutków niezamierzonych i niepożądanych przez konsorcjantów. Skoro strony umowy konsorcjum, chciały podjąć współdziałanie nie w formie spółki cywilnej, lecz w bardziej elastycznej formie prawnej, dostosowanej, do ich konkretnych potrzeb, wiodąca dla oceny pojawiających się zagadnień powinna być umowa stron i w odniesieniu do przyjętych w niej rozwiązań, może być dopiero rozważane analogiczne stosowanie przepisów o spółce cywilnej. Odpowiednie stosowanie przepisów o spółce cywilnej do konkretnej umowy konsorcjum, wymaga zatem uwzględnienia istoty stosunku prawnego z tej umowy i ewentualnych różnic między istotnymi elementami tego stosunku, a elementami kodeksowego typu umowy spółki cywilnej.

W konsekwencji z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną zawiązaną na podstawie art. 860 k.c., a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p., którego zawarcie nie musi skutkować powstaniem majątku wspólnego uczestników konsorcjum. Nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum, jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, niepubl.; z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, Biul. SN. 2015/7/8; i z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, niepubl.).

O tym czy prawa i obowiązki w związku, z którymi toczy się spór są wspólne, dla jakis osób i czy rodzaj więzi występujących między nimi wymusza konieczność wspólnego

dochodzenia roszczeń, nie decyduje brzmienie art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., lecz uregulowania materialnoprawne, czyli przepis ustawy lub istota spornego stosunku prawnego. Źródła takiego w stanie faktycznym sprawy, nie kreuje art. 23 ust. 2 p.z.p., skoro przewiduje on łączną reprezentację wykonawców jedynie w odniesieniu do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy w ramach tego postępowania oraz skorzystania z środków ochrony prawnej przewidzianej tą ustawą. Nie wynika ono również z art. 141 p.z.p., skoro dotyczy on jedynie solidarności biernej wykonawców. Przyjęcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, iż w sprawie o zwrot wadium między konsorcjantami istnieje współuczestnictwo konieczne, nie dostarcza argumentów na rzecz przyjęcia tego rodzaju współuczestnictwa w zakresie roszczeń o zapłatę wywodzonych z umowy zawartej w ramach Prawa zamówień publicznych, skoro pozostają one poza zakresem art. 23 p.z.p. (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 7 maja 2010 r., III CZP 25/10, niepubl. oraz wyroki Sądu Najwyższego z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl.; z 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.; i z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14, niepubl.).

Istota stosunku prawnego, wynika natomiast przede wszystkim z konkretnej umowy konsorcjum, która w powiązaniu z kształtem zgłoszonego żądania rozstrzyga o istnieniu współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, w sprawie związanej z wykonywaniem umowy.

W związku z tym w zakresie spraw o zapłatę, w sytuacji braku podstaw do przyjęcia wspólności łącznej jest możliwość samodzielnego dochodzenia przez członka konsorcjum zapłaty świadczenia podzielnego w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Świadczenie pieniężne, zawsze jest podzielne, jednak niepodzielność takiego świadczenia może wynikać z istoty stosunku prawnego, z którego wypływa obowiązek spełnienia określonego świadczenia, którego treść jak również wola stron tego stosunku mogą wyłączyć zastosowanie art. 379 § 1 k.c. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 21 maja 2004 r., V CSK 505/03, niepubl. i z 11 października 2013 r., I CSK 769/12, niepubl.). O ile w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne, wierzyciel był zobowiązany świadczyć jedną niepodzielną kwotę, w oparciu o fakturę wystawioną przez lidera konsorcjum (§ 8 umowy), o tyle po jej rozwiązaniu, nie ma z reguły podstaw w zakresie spraw o zapłatę

do przyjęcia konstrukcji legitymacji łącznej i odpowiednio współuczestnictwa procesowego o charakterze koniecznym.

W analizowanym przypadku umowa konsorcjum z 27 listopada 2013 r. (k. 183 -188 i k. 190 -194) została zawarta celem przedstawienia oferty oraz realizacji umowy zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Analiza postanowień tej umowy jednoznacznie wskazuje, że współpraca konsorcjantów miała charakter tymczasowy, związany wyłącznie z realizacją wspólnymi siłami zamówienia publicznego przy zachowaniu niezależności każdego z członków konsorcjum (§ 3 umowy). Strony wyraźnie zastrzegły, że żadne z postanowień umowy nie będzie interpretowane jako utworzenie stosunku takiego jak spółka osobowa, spółka kapitałowa, agencja lub stosunek pracy. Podkreśliły, że żadna ze stron nie ma uprawnień lub praw, ani żadna ze stron nie będzie twierdziła, że posiada uprawnienie, prawo do przejęcia, stworzenia lub podjęcia jakiegokolwiek zobowiązania w sposób wyraźny lub dorozumiany w imieniu lub na rzecz konsorcjum lub jakiegokolwiek innej strony bez uprzedniej wyraźnej jej zgody (§ 3 pkt 7 i § 3 pkt 9). Wskazuje to, że w zakresie sprawy o zapłatę brak między konsorcjantami współuczestnictwa koniecznego.

W rezultacie nie znajduje w okolicznościach rozpoznawanej sprawy uzasadnienia, analogiczne stosowanie wypracowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowiska, iż wszyscy wspólnicy spółki cywilnej mają łączną legitymację do dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego tej spółki (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., III CZP 130/10, OSNC 2011, Nr 9, poz. 100). Jest to tym bardziej nieuzasadnione, iż wspólność łączna ma w polskim systemie prawnym charakter wyjątkowy i przewidziana jest jedynie dla majątku wspólnego małżonków objętych wspólnością ustawową (art. 35 i art. 42 k.r.o.) i majątku wspólników spółki cywilnej (art. 863 k.c.).

Zajęte stanowisko wywołuje określone konsekwencje procesowe i materialnoprawne. Dla ewentualnego uwzględnienia powództwa z perspektywy przesłanki rażącej straty wystarczające będzie zrealizowanie tej przesłanki przez konsorcjum, a nie przez każdego z konsorcjantów osobno. Istotne będą proporcje odnoszone do całego kontraktu, a nie do każdego z konsorcjantów z osobna. Sąd powinien zatem badać, czy na całym kontrakcie była rażąca strata,

a nie czy odniósł ją jeden z konsorcjantów. Stronami umowy byli bowiem zamawiający i wszyscy członkowie konsorcjum, którym należne było jedno wynagrodzenie (§ 8 umowy). Z kolei z punktu widzenia konstrukcji pozwu żądanie zasądzenia, będącego konsekwencją zmiany umowy, powinno być formułowane przez tego konsorcjanta, w stosunku, do którego doszło do rażącej straty.

W znacznej części uzasadnione okazały się natomiast zarzuty zgłoszone w ramach drugiej podstawy kasacyjnej.

Artykuł 195 k.p.c. nie ma zastosowania w postępowaniu apelacyjnym, w którym obowiązuje zasada niezmienności stron postępowania w stosunku do stanu, który istniał, w chwili zamknięcia rozprawy, przed sądem pierwszej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.). Naruszenie art. 195 k.p.c. sąd odwoławczy bierze jednak pod rozwagę z urzędu, w ramach badania naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów prawa materialnego, bowiem nieusunięcie braku pełnej legitymacji procesowej w przypadku współuczestnictwa koniecznego, jest przeszkodą do uwzględnienia powództwa (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 8 października 2004 r., V CSK 663/03, niepubl. i z 17 listopada 2010 r., I CSK 67/10, niepubl.).

Sąd Apelacyjny podzielił część zarzutów apelacji dotyczących uchybień procesowych Sądu Okręgowego w zakresie podjętych przez ten Sąd czynności zmierzających do dokonania na wniosek powódek przekształceń podmiotowych. Wadliwie jednak przyjął, że nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jest wręcz przeciwnie Sąd Okręgowy oddalił bowiem powództwo między innymi z uwagi na brak pełnej legitymacji czynnej po stronie powodowej, w sytuacji, gdy powódki sformułowały szereg wniosków, które skutkowi temu powinny skutecznie zapobiec.

Zasadne są zarzuty skargi dotyczące nie odniesienia się w motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia w najmniejszym nawet stopniu do kwestii poruszonej w piśmie uzupełniającym apelację z 26 września 2018 r., dotyczącej problemu nieskutecznego doręczenia zawiadomienia o możliwości przystąpienia do sprawy w charakterze powoda S. z uwagi na to, że w okresie nadejścia przesyłki spółka ta nie miała zdolności procesowej na skutek braku organu uprawnionego do jej reprezentacji (k. 716). Jeżeli teza ta znajdzie potwierdzenie w toku postępowania dowodowego, a Sąd Apelacyjny jej nie weryfikował, nie dostrzegając zarzutu zgłoszonego przez

powódki w tym przedmiocie, to upada argumentacja tego Sądu, iż S. przystąpiła do sprawy w charakterze powoda po terminie, co czyni to przystąpienie bezskutecznym. Nie odniesienie się do zarzutu podniesionego w apelacji nie skutkuje nieważnością postępowania przed sądem drugiej instancji od którego wywiedziona została skarga, a jest uchybieniem procesowym, mającym wpływ na wynik sprawy. Spółki S. i E. nie stały się stroną w niniejszym postępowaniu, naruszenie ich praw nie jest zatem właściwą płaszczyzną do oceny ważności postępowania. Sąd Najwyższy nie podziela również stanowiska skarżących, że nie odniesienie się do jednego z wielu zarzutów apelacji – w okolicznościach sprawy - skutkuje oczywistym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 79 ust. 1 pkt 1 lit e ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1144, ze zm.).

Wykazywanie w postępowaniu kasacyjnym nieskutecznego zawiadomienia S. o toczącym się postępowaniu nie jest możliwe. Obowiązujący w postępowaniu kasacyjnym zakaz prowadzenia dowodów (art. 398¹³ § 2 k.p.c.), nie stoi na przeszkodzie jedynie prowadzeniu dowodów mających na celu ocenę zarzutu nieważności postępowania przed sądem drugiej instancji, jako nie skierowanych przeciwko ustaleniom tego sądu stanowiącym podłoże orzeczenia (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 13 lutego 1997 r., I PKN 71/96, OSNAPUS 1997 r., nr 19, poz. 377 oraz z 10 maja 2000 r., III CKN 416/98, OSNC 2000, nr 12, poz. 220).

Sąd Najwyższy - na podstawie art. 398¹³ § 2 oraz art. 235² pkt 3 w zw. z art. 391 § 1 i 398²¹ k.p.c. - pominął zatem wnioski dowodowe powódek zgłoszone w piśmie procesowym z 28 kwietnia 2021 r., uznając, że dowody te są nieprzydatne do wykazania nieważności postępowania przed Sądem drugiej instancji, a zmierzają do wykazania uchybień procesowych Sądu drugiej instancji nie skutkujących nieważnością postępowania przed tym Sądem. Kwestia ta powinna być zatem zbadana przez Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Ubocznie dostrzeżenia wymaga, że część dokumentów obrazujących zmianę zarządu spółki S. była dostępna Sądom obu instancji, została bowiem złożona przez tę spółkę do akt jeszcze na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym (k. 523 -526 i k. 536).

Zgodnie z art. 195 § 2 zd. 2 k.p.c. osoba zawiadomiona o toczącym się postępowaniu może wstąpić do sprawy w charakterze powoda, w ciągu dwóch tygodni. Skutki uchybienia terminowi ustawowemu – do których należy termin, o którym mowa w art. 195 § 2 k.p.c. - określa art. 167 k.p.c. Czynność podjęta po upływie terminu ustawowego jest zatem bezskuteczna, chyba że termin do jej dokonania zostanie przywrócony (art. 168 k.p.c.).

Pogląd, że jedynym skutkiem przystąpienia po terminie jest niemożność żądania powtórzenia dotychczasowych czynności (art. 198 § 3 k.p.c.), jest sprzeczny z konsekwencjami uchybienia terminowi ustawowemu i pozostaje w sprzeczności z literalną wykładnią art. 195 § 2 k.p.c. Koliduje także z koniecznością dokonywania przekształceń podmiotowych sprawnie i terminowo, skoro mogą istotnie zaburzać przebieg procesu. W konsekwencji zgłoszenie przystąpienia do sprawy w charakterze powoda po upływie dwóch tygodni, należy traktować jako nowe powództwo wniesione z dniem zgłoszenia (art. 198 § 2 k.p.c.).

Zajęte stanowisko nie stwarza żadnego zagrożenia dla interesów powódek perspektywy ich prawa do sądu. Zgłoszenie przystąpienia do udziału w sprawie po upływie dwóch tygodni pozwala bowiem na połączenie spraw wytoczonych odrębnie przez konsorcjantów do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia (art. 219 k.p.c.).

W przypadku natomiast, gdy podmiot, który został skutecznie zawiadomiony o możliwości przystąpienia do sprawy w charakterze powoda nie skorzysta z tej możliwości, mimo że w sprawie występuje współuczestnictwo konieczne, konsorcjant, który wytoczył powództwo może złożyć wniosek o wezwanie go do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanego, aż do zamknięcia rozprawy w sądzie pierwszej instancji. Udział takiego konsorcjanta w sprawie w charakterze pozwanego jest wówczas konieczny (art. 195 § 1 k.p.c.).

Konstrukcja współuczestnictwa specjalnego nienazwanego pozwala na usunięcie skutków procesowych powstających w razie nieuczestniczenia w sprawie wszystkich osób, których udział jest konieczny (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 26 lipca 2017 r., III CZP 31/17, OSNC 2018, nr 4, poz. 39 i orzecznictwo przytoczone w jej uzasadnieniu). Osoba, która została pozwana, nie może natomiast samodzielnie decydować, czy przyjmuje taki status, a jak się wydaje Sąd Okręgowy

pozostawił spółce S. taki wybór, skoro nie zrealizował ostatecznie wniosku o jej wezwanie do udziału w sprawie w charakterze pozwanego.

Trafnie skarżące zarzucają, że zawiadomienia skierowane do S. i E. zostały sformułowane niezgodnie z art. 195 k.p.c. (brak postanowienia), ale przede wszystkim w sposób nieprecyzyjny, mylący i niejednoznaczny. Trudno było w oparciu o ich lekturę jednoznacznie stwierdzić, jaką rolę procesową miałyby przybrać podmioty, do których były kierowane i jakie mają być skutki upływu terminu dwóch tygodni.

Powódki już w pozwie wniosły o zawiadomienie o toczącym się postępowaniu S. i E. celem umożliwienia tym spółkom przystąpienia do toczącego się postępowania w charakterze powodów (k. 3 verte). Pismem procesowym z 7 września 2016 r. i 17 listopada 2016 r. ponowiły wniosek w tym przedmiocie (k. 227 i k. 389).

W wykonaniu wniosku Przewodniczący zarządzeniem z 30 listopada 2016 r. nakazał zawiadomić o toczącym się postępowaniu obie spółki doręczając im odpis pozwu, z pouczeniem o treści art. 194 § 3 k.p.c. i zakreślając termin 30 dni na zajęcie stanowiska w sprawie (k. 391 i k. 393 - 394). Zawiadomienie to pozostawało w oczywistej sprzeczności z wnioskiem powódek oraz art. 195 § 2 k.c. sugerując, że pozostali konsorcjanci zostali wezwani do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanych.

W piśmie z 9 grudnia 2016 r. powódki zwróciły uwagę, że ich wniosek dotyczy zawiadomienia pozostałych konsorcjantów o możliwości wzięcia udziału w sprawie w charakterze powodów a nie pozwanych (k. 397). W kolejnym zarządzeniu z 27 grudnia 2016 r. Przewodniczący nakazał ponownie zawiadomić S. i E. o toczącym się postępowaniu wraz z doręczeniem odpisu pozwu, informacją o treści art. 195 § 2 zd. 2 i 3 k.p.c. oraz zobowiązaniem do zajęcia stanowiska w terminie 14 dni od doręczenia (k. 400).

Sposób wykonania przez sekretariat tego zarządzenia nie odpowiadał jednak jego treści. Jego adresaci zostali bowiem pouczeni o art. 195 § 1 i 2 k.p.c. w zakresie w jakim treść tego przepisu odnosi się zarówno do powodów jak i pozwanych. Nadal nie mogli zatem jednoznacznie stwierdzić w jakiej roli procesowej mieliby występować w sprawie. Nie było także jasne jakie będą konsekwencje braku zajęcia

stanowiska w terminie 14 dni od doręczenia odpisu pozwu (k. 401 - 402). W konsekwencji tak sformułowane zawiadomienie nie wywoływało skutków prawnych w przypadku uchybienia terminowi dwóch tygodni na przystąpienie do sprawy w charakterze powodów (art. 195 § 2 k.c.).

E. pismem z 24 stycznia 2017 r. przystąpił jednak do sprawy w charakterze powoda (k. 491). Pełnomocnictwa udzielił jednak współuczestnikom sporu I. i I.1, a jego treść mogła budzić wątpliwość, czy obejmuje prawo do reprezentacji w niniejszej sprawie (k. 492-493). Sąd Okręgowy nie wzywał jednak pełnomocnika do usunięcia braków formalnych pisma przez złożenie pełnomocnictwa, traktując pierwotnie przystąpienie E. jako prawidłowe i prowadząc z jego udziałem dalsze czynności.

Wobec braku reakcji S. na otrzymane zawiadomienie pismem z 28 marca 2017 r. powódki wniosły o wezwanie tego konsorcjanta do udziału w sprawie w charakterze pozwanego na podstawie art. 194 § 3 k.p.c. (k. 502).

Przewodniczący realizując wniosek nakazał jednak zawiadomić S. o toczącym się postępowaniu, poinformować o treści art. 194 § 3 k.p.c. oraz wezwać do zajęcia stanowiska w terminie 14 dni pod rygorem dopozwania (k. 504 – 505). Zarządzenie nie realizowało zatem wniosku, stanowiło bowiem zawiadomienie, a nie wezwanie do wzięcia udziału w sprawie. Ponadto z jego treści należało wnosić, że ewentualne nie zajęcie stanowiska może dopiero skutkować dopozwaniem.

W reakcji na zawiadomienie pismem z 26 kwietnia 2017 r. S. poinformowała, że nie ma podstaw by była w sprawie stroną pozwaną. W reakcji na powyższe w piśmie z 10 lipca 2017 r. powódki zauważyły, że Sąd Okręgowy zawiadomił a nie wezwał S. do wzięcia udziału w sprawie i wniosły o zobowiązanie tej spółki do sprecyzowania, czy jej wolą nie jest jednak przystąpienie do sprawy w charakterze strony powodowej. W przypadku natomiast, gdy spółka ta złoży jednoznaczne oświadczenie, że nie wstępuje do sprawy w charakterze powódki wniosły o przyjęcie, że skutek dopozwania nastąpił (k. 550 - 552).

Na rozprawie w dniu 14 maja 2018 r. S. zgłosiła się do sprawy w charakterze powódki (k. 593), przy czym udzieliła pełnomocnictwa współuczestnikowi sporu Impel, które mogło budzić wątpliwości, czy obejmuje swym zakresem niniejszą sprawę (k. 576).

Pełnomocnik pozwanej zakwestionował wówczas pełnomocnictwo w oparciu, o które E. przystąpiła do sprawy (k. 593), wskazując w tym kontekście, że przystąpienie do sprawy E. i S. jest nieskuteczne (k. 593). Sąd Okręgowy nie wdrożył jednak postępowania naprawczego w zakresie wykazania umocowania przez pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie tych spółek do sprawy, lecz uznał je za wadliwe i nie podlegające potwierdzeniu, co Sąd drugiej instancji zakwestionował.

Spółki S. i E. bez wezwania i przed zamknięciem rozprawy przed Sądem pierwszej instancji przedłożyły prawidłowe pełnomocnictwa wraz z potwierdzeniem dokonanych w ich imieniu czynności (k. 601-603). Sąd Okręgowy uznał jednak na rozprawie w dniu 26 czerwca 2018 r., że wstąpienie E. i S. do postępowania na podstawie art. 195 § 2 k.p.c. było bezskuteczne.

Nie można w tych okolicznościach odmówić racji skarżącym, że uchybienia w zakresie zrealizowania ich wniosku o zawiadomienie o toczącym się postępowaniu S. i E. - wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego - miały wpływ na wynik sprawy, skoro powództwo zostało oddalone z uwagi na brak po stronie powodowej wszystkich spółek tworzących konsorcjum.

Po pierwsze, kierowane do tych spółek zawiadomienia były nieprecyzyjne, zatem ich doręczenie nie zamykało im skutecznie terminu do zgłoszenia przystąpienia do sprawy w charakterze powódek.

Po drugie, Sąd Okręgowy wadliwie przyjął, że spółki te nie mogły być wezwane w trybie art. 130 k.p.c. do przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw, a braki w tym zakresie zostały skutecznie usunięte bez wezwania jeszcze na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego.

Sąd Apelacyjny przyznał wadliwość stanowiska Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, błędnie jednak przyjął, że nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie uwzględnił, że E. została w tych okolicznościach pozbawiona praw strony w procesie, do którego skutecznie przystąpiła i w którym mogła zgłaszać wnioski w trybie art. 198 § 3 k.p.c., także dotyczące zawiadomienia S. o toczącym się postępowaniu. Ponadto, S. przystąpiła ostatecznie do toczącego się postępowania w charakterze powódki i uczyniła to skutecznie, a gdyby prezentować odmienny pogląd, to złożony został wniosek o jej wezwanie

do wzięcia udziału w sprawie w charakterze pozwanej, który nie został przez Sąd Okręgowy prawidłowo zrealizowany.

Związany z tymi uchybieniami zarzut nieważności postępowania jest bezzasadny. Może on być badany tylko w odniesieniu do czynności podjętych przez Sąd drugiej instancji, a tu o żadnych przekształceniach podmiotowych nie może być mowy z uwagi na ich wyłączenie w art. 391 § 1 k.p.c.

Sąd Apelacyjny powinien, w zaistniałej sytuacji procesowej wyrok Sądu Okręgowego uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, celem dokonania przekształceń podmiotowych, a następnie rozstrzygnięcia istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.). Wyszedł jednak z błędnego założenia, że skoro jeden z podmiotów tworzących konsorcjum nie przystąpił do sprawy, to nie ma to już istotnego znaczenia. Nie uwzględnił, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż E. nie przystąpił do sprawy w charakterze powoda, a odnośnie do S. nawet, gdyby nie zachował terminu to został wezwany do sprawy w charakterze pozwanego. Pozwany pozbawiony jest natomiast możliwości wyboru, czy chce przyjąć taką rolę procesową i nie może narzucić sądowi oceny, czy jego wezwanie do wzięcia udziału w sprawie w tym charakterze było z perspektywy materialnoprawnej słuszne.

Trafnie także skarżące zarzucają, że rozstrzygnięcie o wyłączeniu zmienionego (rozszerzonego) powództwa powinno być oparte na ustawie (art. 193 k.p.c.), a nie Zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 19 czerwca 2019 r.", które może regulować tylko kwestie techniczne związane z wyłączonym powództwem.

Nie dostrzegły jednak, że zarządzenie, do którego odnosi się zarzut kasacyjny nie znajdowało zastosowania w sprawie, weszło bowiem w życie 22 czerwca 2019 r., a wyrok Sądu pierwszej instancji został wydany 20 czerwca 2016 r. W trakcie postępowania pierwszoinstancyjnego stosowano zatem Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz.U. M.S. 2003, nr 5, poz. 22, ze zm.).

To, że sprawę wyłączoną do odrębnego rozpoznania zgodnie z § 64 tego zarządzenia (instrukcji kancelaryjnej) rejestruje się pod nowym numerem porządkowym w repertorium, w żadnym stopniu nie rozstrzyga o tym, czy wyłączenia

dokonano prawidłowo, czego Sąd Apelacyjny przekonująco nie wyjaśnił odwołując się jedynie do dokonania przez powódki ilościowej zmiany żądania.

Skoro powódki wystąpiły z nowym żądaniem obok dotychczasowego rzeczą Sądu była ocena - z perspektywy art. 193 § 1 i 2 k.p.c. - czy zmiana taka była dopuszczalna. Artykuł 193 §1 k.p.c. poza zakazem przekroczenia przepisów o właściwości nie wprowadza innych ograniczeń zmiany powództwa, w szczególności ograniczenia takiego nie stanowi dokonanie ilościowej zmiany powództwa.

Ze względu na zasadę ekonomii procesowej oraz uczciwego procesu wprowadza się w orzecznictwie dodatkowo kryterium istnienia między pierwotnym a dodatkowym żądaniem więzi materialno- prawnej i logicznego związku (zob. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1965 r., II CZ 51/65, niepubl.; z 24 maja 1979 r., II CZ 52/79, OSNC 1979, nr 12, poz. 246; wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2023 r., II CSKP 1183/22, niepubl.). W okolicznościach sprawy brak jednak podstaw do przyjęcia by takiego związku nie było, skoro żądanie zapłaty było funkcjonalnie powiązane z żądaniem zmiany umowy.

Mając na względzie, że w postępowaniu apelacyjnym nie są dopuszczalne przekształcenia podmiotowe, a Sąd Okręgowy w ogóle nie zajął się istotą sprawy Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Z przytoczonych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji (art. 398¹⁵ §1 k.p.c. i 108 § 2 w zw. z 391 § 1 i 398²¹ k.p.c.).

Marta Romańska

Monika Koba

Karol Weitz

[SOP]

[ms]