



Sygn. akt II CSKP 693/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Zawistowski (przewodniczący)

SSN Grzegorz Misiurek (sprawozdawca)

SSN Karol Weitz

w sprawie z powództwa Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa E. sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W.

przeciwko P.S.A. w W.

z udziałem interwenientów ubocznych po stronie powoda Zarządcy K. sp z o.o. w restrukturyzacji w W. i Syndyka masy upadłości P.1 sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 4 października 2022 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z dnia 29 maja 2018 r., sygn. akt VII AGa 1265/18,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. domagała się zasądzenia od pozwanej P. S.A. z siedzibą w W. kwoty 602 355,50 zł z odsetkami ustawowymi od 24 lipca 2015 r. i kosztami procesu. W uzasadnieniu wskazała, że dochodzona należność stanowi wynagrodzenie za wykonanie zamiennych robót budowlanych.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa podnosząc, że nie jest stroną umowy modyfikującej umowę główną o roboty budowlane i nie wiąże jej postanowienia, z których powódka wywodzi dochodzone roszczenie.

Interwencję uboczną po stronie powódki zgłosili K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz syndyk masy upadłości P.1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w W..

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 30 maja 2017 r. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę dochodzona pozwem z odsetkami ustawowymi od 9 grudnia 2015 r. (pkt I), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II), zasądził od pozwanej na rzecz powódki 37 935,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III) oraz od pozwanej na rzecz interwenientów ubocznych kwoty po 13 241,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt IV i V) i nakazał pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa 789,14 zł na pokrycie nieopłaconych wydatków. Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia i wnioski.

Pozwana, jako zamawiający, zawarła w dniu 24 maja 2011 r. z konsorcjum spółek w składzie: P.1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: „P.1”), P.2 S.A. w W., Przedsiębiorstwo R. S.A. w W. (obecnie T. S.A. w W., dalej: „T.”), D. spółka z o.o. w W. umowę o roboty budowlane nr [...] (dalej: „kontrakt główny”) na odcinku linii kolejowej W.– G. – S. i Ż.– granica województwa [...] w ramach projektu [...] „Modernizacja linii kolejowej [...] na odcinku W.P., Etap II – odcinek W. – granica województwa [...]”. Umowa została zawarta w wyniku przetargu publicznego przeprowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze

zm.; dalej: „p.z.p.”). Termin wykonania robót określono na nie dłużej niż do 30 czerwca 2014 r.

W dniu 21 grudnia 2012 r. zamawiający w piśmie adresowanym do lidera konsorcjum potwierdził, że zmianie uległy warunki zagospodarowania terenu P.. W planie zagospodarowania przestrzennego zmieniono bowiem funkcję tego terenu i przeznaczono go pod zabudowę mieszkaniowo – usługową; zmiana ta objęła bocznice kolejową oraz tory odstawcze, od których prowadził tor nr [...]. Zamawiający uznał za zbędną odbudowę toru nr [...], budowę wiaduktu w km [...] (nad ulicą S.) w części pod projektowanym torem nr [...]1 oraz budowę ściany oporowej [...] po stronie lewej (zach.) nasypu kolejowego na przebiegu projektowanego toru nr [...]1.

W relacjach między P.1 a Przedsiębiorstwem R. (liderem konsorcjum) 22 kwietnia 2013 r. doszło do rozwiązania pierwotnej umowy wykonawczej i zawarcia umowy nowej nr [...]1, definiującej prace do wykonania przez P.1 w ramach kontraktu głównego.

W dniu 9 maja 2013 r. zarządca spółki P.1, będącej w upadłości układowej, zawarł z powódką umowę podwykonawczą nr [...]2 (dalej: „umowa podwykonawcza”); jej przedmiot oraz warunki wykonania robót określały dodatkowo: dokumentacja techniczna, wymagane prawem pozwolenia i uzgodnienia przekazane przez zamawiającego oraz kontrakt główny i warunki ogólne i szczególne kontraktu głównego, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na podstawie umowy podwykonawczej powódka przyjęła na siebie wykonanie kompleksowej przebudowy, bądź remontu wyspecyfikowanych obiektów inżynierskich położonych na odcinakach [...] p.o. W.- stacja W.1, [...]2 st. O., [...]3 stacja S., [...]4 stacja Ż.. W zakres prac powierzonych powódce na odcinku [...] p.o. W.– stacja W.1 wchodziło w szczególności wykonanie prac inżynierskich w km [...], obejmujących przebudowę wiaduktu nad ulicą S.. Strony uzgodniły, że zmiana przedmiotu umowy będzie możliwa po pisemnym poleceniu lub zatwierdzeniu przez inżyniera kontraktu (w rozumieniu kontraktu głównego) oraz zaakceptowaniu przez zamawiającego, zgodnie z postanowieniami kontraktu głównego. Zmiany takie

miały być wycenione w sposób przewidziane w kontrakcie głównym. Umowa podwykonawcza została zaakceptowana przez zamawiającego.

W kwietniu 2013 r. opracowano projekt budowlany zamienny dla wiaduktu kolejowego nad ulicą S. a we wrześniu 2013 r. projekt wykonawczy, zatwierdzony decyzją Wojewody [...] z 12 listopada 2015 r. W związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych, nie objętych kontraktem, wyprzedzających dla potrzeb przebudowy posterunku odgałęźnego W.-G., zamawiający w piśmie z 27 maja 2013 r. polecił liderowi konsorcjum wdrożenie opóźnienia rozpoczęcia robót na odcinku [...] W.-G. od km 1,700 do km 2,750. Przedstawiciel wykonawcy przedstawił zamawiającemu zmiany harmonogramu prac wynikające z opóźnień przedstawionych w piśmie z 27 maja 2013 r. Przedstawiciel zamawiającego zaakceptował konieczność poniesienia kosztów z tym związanych.

Inżynier kontraktu wydał polecenie zmiany nr [...] dotyczące wykonania nasuwu poprzecznego i montażu konstrukcji stalowej pod tory [...]2 i [...]3 Wiadukt w km [...] (nad ulicą S.), opiewające na kwotę 489 719,92 zł i zwiększające cenę kontraktową. Polecenie dodatkowo wskazywało konieczność zmiany fazowania wykonania robót na tym obiekcie – wykonania najpierw fazy I i III, a następnie fazy II budowy wiaduktu, co powodowało zmianę technologii wykonania konstrukcji stalowej nad torami, zastosowanie nasuwu poprzecznego zamiast nasuwu podłużnego, wprowadzenie projektu technologicznego montażu przęseł na torach [...]2 i [...]3 i wykonania stanowiska montażowego dla potrzeb scalenia tych przęseł. W dniu 18 lutego 2015 r. zamawiający odebrał wymienione roboty bez zastrzeżeń, jednak odmówił zapłaty wynagrodzenia, podnosząc, że polecenia zmiany oraz kosztorys obejmujący roboty zamienne nie zostały zatwierdzone przez osoby uprawnione.

Sąd Okręgowy oceniając tak ustalony stan faktyczny przyjął, że prace wykonane przez powódkę były pracami zamiennymi w stosunku do prac przewidzianych pierwotnie w kontrakcie głównym. Zastrzeżenie możliwości takiej zmiany było zgodne z art. 144 ust. 1 p.z.p. W § 5 ust. 6 kontraktu przewidziano możliwość zmiany jego postanowień – w sposób określony w stosownych klauzulach - w przypadku wystąpienia istotnych okoliczności wskazanych

w warunkach szczególnych oraz w warunkach ogólnych kontraktu. Zgodnie z subklauzulą 13.1 szczególnych warunków kontraktu, inżynier kontraktu posiadał uprawnienie do wydania polecenia zmiany a na wykonawcy ciążył obowiązek jej realizacji. Kwoty wynikające z polecenia zmiany inżyniera kontraktu podlegały – stosownie do subklauzuli 13.5 – rozliczeniu z kwot warunkowych przez odpowiednią korektę ceny kontraktowej. Kwotę warunkową określono w § 3 lit. a tiret trzecie kontraktu na 40 mln zł. Nie było potrzeby sporządzania aneksu modyfikującego kontrakt główny, skoro możliwość wykorzystania kwoty warunkowej wynikała wprost z postanowień kontraktu oraz warunków szczególnych; wskazując one przy tym na bezzasadność stanowiska pozwanej, że roboty zamiennne zostały wykonane przez powódkę w ramach wynagrodzenia ryczałtowego (ceny kontraktowej). Wprawdzie, według subklauzuli 3.1 warunków szczególnych umowy z 24 maja 2011 r., inżynier kontraktu powinien uzyskać zgodę zamawiającego na polecenie zamiany, jednak zamawiający zgodził się na domniemanie takiej zgody. Świadczy o tym zapis, zgodnie z którym jeżeli kiedykolwiek inżynier kontraktu skorzysta z uprawnienia wymagającego aprobaty zamawiającego, uważa się (dla celów kontraktu), że zamawiający udzielił tej aprobaty. Wydanie przez inżyniera kontraktu polecenia zmiany nr [...]2 spowodowało obowiązek wykonania przez powódkę prac zamiennych i stanowiło podstawę ich rozliczenia. Przedstawiciele pozwanej akceptowali konieczność poniesienia kosztów związanych ze zmianą fazowania prac na wiadukcie; ich wartość, określona w kosztorysie różnicowym protokołu konieczności, uwzględniającym nakłady niezbędne do zniwelowania opóźnień i zmiany technologii wykonania zmienionych prac, powiększona o należny podatek towarów i usług, odpowiada kwocie dochodzonej pozwem. Odsetki od tej należności mogą być zasądzone dopiero od daty doręczenia pozwanej pozwu, wobec braku dowodu wcześniejszego wezwania do jej zapłaty.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem zaskarżonym skarga kasacyjną zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że w pkt I oddalił powództwo co do kwoty 602 355,50 zł z odsetkami ustawowymi od 9 grudnia 2015 r., w pkt III zasądził od powódki na rzecz pozwanej 7217,00 zł, uchylił pkt IV i V, w pkt VI nakazał pobrać od powódki na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie 789,14 zł tytułem nieuiszczonych wydatków sadowych i zasądził od

powódki na rzecz pozwanej 38 218,00 tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Uzupełniając i porządkując chronologicznie podstawę faktyczną wyroku reformatoryjnego, Sąd Apelacyjny wskazał, że w umowie wykonawczej (§ 1 ust. 4 i 5) oraz w umowie podwykonawczej (§ 1 ust. 3 i 4) znalazły się jednobrzmiące zapisy przewidujące możliwość zmiany przedmiotu umowy lub jej części oraz terminu wykonania jedynie w przypadku pisemnego polecenia jej dokonania lub zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu, a następnie zaakceptowania przez zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu głównego.

Sąd Apelacyjny dokonał odmiennej oceny roszczenia powódki. Wskazał, że zaskarżonym wyrokiem bezzasadnie przypisano pozwanemu inwestorowi solidarną odpowiedzialność wobec powódki podwykonawcy, gdyż zmiana wynagrodzenia między stronami umowy podwykonawczej z 9 maja 2013 r. nr [...]2 nastąpiła bez zachowania formy pisemnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Umowa ta określała wynagrodzenie wstępne w wysokości 37 237 446,69 zł i nie była skutecznie aneksowana. Polecenie zmiany inżyniera kontraktu nr [...] z 19 grudnia 2014 r., zwiększające cenę kontraktową, zostało skierowane do wykonawcy jako konsorcjum spółek; adresatem tego dokumentu nie była ani P.1, ani powódka. Uprawnienia inżyniera kontraktu nie mogły wpływać na umowy podwykonawcze. Nie ma żadnego dokumentu potwierdzającego dokonanie przez strony umowy podwykonawczej korekty wartości przedmiotu umowy oraz powiadomienie zamawiającego o takiej zmianie. Brak zmiany umowy podwykonawczej co do przedmiotu robót i wynagrodzenia oznacza, że zamawiający ponosi odpowiedzialność solidarną tylko w zakresie wynagrodzenia określonego tą umową, a nie wynagrodzenia wynikającego ze zmiany technologii, które nie było uregulowane umową podwykonawczą i na zapłatę którego zamawiający nie wyraził zgody (art. 647¹ § 1 k.c.)

Powódka mogłaby dochodzić wynagrodzenia za wykonane roboty na innej podstawie, ale jej nie wskazała. Nie wykazała przy tym, jakie roboty budowlane wzbogacające pozwaną zostały przez nią wykonane i jaka jest ich wartość; wykazała jedynie wartość ryczałtową kosztów nasuwu poprzecznego konstrukcji

stalowych pod tory nr [...]2 i [...]3 wykonanego przez dalszego podwykonawcę. Nie można uznać podstawy faktycznej roszczenia o wynagrodzenie za roboty budowlane za tożsamą z podstawą roszczenia o zwrot świadczenia nienależnego.

W skardze kasacyjnej, opartej na obu podstawach określonych w art. 398³ § 1 pkt 1 i 2 k.p.c., powódka wniosła o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy temu Sadowi do ponownego rozpoznania. W ramach pierwszej podstawy kasacyjnej zarzuciła niewłaściwe zastosowanie art. 647¹ § 5 i art. 65 § 2 k.c., pierwszą podstawę wypełniła zaś zarzutami naruszenia art. 233 i art. 321 k.p.c.

Pozwana w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniosła o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. - wprowadzonym do Kodeksu cywilnego ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408), która weszła w życie z dniem 24 kwietnia 2003 r. - zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Celem tego unormowania było przeciwdziałanie negatywnemu zjawisku niepłacenia wynagrodzenia za prace wykonane przez podwykonawców, w szczególności małych i średnich przedsiębiorców. W orzecznictwie wyjaśniono, że statuuje ono ustawową solidarność bierną o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności *ex lege* za cudzy dług (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 2007 r., V CSK 457/06, nie publ., i uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121).

Stosownie do art. 647¹ § 2, 4 i 5 k.c. w brzmieniu obowiązującym do 31 maja 2017 r. i mającym zastosowanie w sprawie (zob. art. 1 i 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności Dz. U. z 2017.933), do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy konieczne jest zawarcie przez wykonawcę z podwykonawcą umowy w formie pisemnej po rygorem nieważności, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych oraz wyrażenie zgody przez

inwestora na zawarcie tej umowy. Zgoda może być wyrażona w sposób bierny (pasywny) - gdy inwestor nie zgłosi pisemnego sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, oraz czynny (aktywny) - gdy inwestor wyraża zgodę w sposób wyraźny pisemnie lub ustnie albo przez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Zgoda czynna nie jest uzależniona od przedstawienia inwestorowi umowy i nie musi być wyrażona przed wykonaniem umowy przez podwykonawcę.

Choć umowa o podwykonawstwo przewidziana w art. 647¹ k.c. stanowi umowę odrębną od umowy zawartej pomiędzy inwestorem a wykonawcą, to niewątpliwie jest z nią związana. Następstwem zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej jest powstanie po jego stronie odpowiedzialności solidarnej za zapłatę wynagrodzenia ustalonego według zasad obowiązujących i wiążących strony tej umowy, a więc wykonawcę i podwykonawcę. (zob. wyrok Sądu najwyższego z 10 maja 2019 r., I CSK 205/18, nie pbl.).

Sąd Apelacyjny, zmieniając wyrok Sądu Pierwszej instancji i oddalając powództwo, wskazał na trzy przesłanki. Po pierwsze stwierdził, że umowa podwykonawcza zawarta w formie pisemnej określała wynagrodzenie i nie zostało ono zmienione. Po drugie, polecenie inżyniera przekazane do wiadomości powódki przez lidera konsorcjum do wykonania nie zawierało ustalenia warunków dla kontraktu podwykonawczego. Po trzecie wreszcie, polecenie zmiany w zakresie ceny dotyczyło kontraktu wykonawczego, a nie podwykonawczego.

Poniesionym w skardze kasacyjnej zarzutom kwestionującym powyższą ocenę nie można odmówić słuszności.

Z ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie części robót, których dotyczy żądanie pozwu, przez podwykonawcę (powódkę). Umowa podwykonawcza miała być realizowana według zasad w niej określonych, ale z uwzględnieniem postanowień kontraktu głównego, warunków ogólnych i szczególnych tego kontraktu oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru

robót budowlanych zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (§ 1 ust. 1 lit. b umowy podwykonawczej). Sąd pierwszej instancji podkreślił, że - w świetle subklauzul warunków kontraktu, do których odwołano się w umowie podwykonawczej - inżynier kontraktu był uprawniony do wydania polecenia zmiany wiążącego podwykonawcę i uczynił to za zgodą zamawiającego (inwestora), a jego przedstawiciele 20 sierpnia 2013 r. zaakceptowali konieczność poniesienia kosztów związanych ze zmianą fazowania na spornym odcinku robót. Powódka, powołując się na treść umowy podwykonawczej oraz sposób jej realizacji, wskazywała, że wykonanie przez nią robót zamiennych, pociągających za sobą konieczność korekty należnego jej wynagrodzenia, nie wymagało pisemnej zmiany umowy podwykonawczej, gdyż umowa ta mogła być modyfikowana w tym zakresie poleceniami inżyniera kontraktu. Sąd Apelacyjny wyraził jednak odmienną ocenę, która – na co trafnie wskazała skarżąca – nie została w sposób przekonujący uargumentowana.

Sąd Apelacyjny zauważył, że w umowa podwykonawcza określała uprawnienia inżyniera kontraktu do wydawania poleceń na tej samej zasadzie, jaka została przyjęta w kontrakcie głównym, w tym ostatnim zaś przewidziano domniemanie zgody inwestora na wydanie takiego polecenia. Polecenia te mogły zatem ingerować w sposób wykonania robót objętych umowa podwykonawczą, skoro zostały w niej przewidziane. Adresatem tych poleceń był w istocie podwykonawca, niezależnie od przyjętego sposobu ich komunikowania. Nie jest jasne, dlaczego Sąd Apelacyjny uznał za błędną ocenę skutków polecenia zmiany z dnia 19 grudnia 2014 r., dokonaną przez Sąd pierwszej instancji przez pryzmat postanowień umowy podwykonawczej i realizowanego przez nią kontraktu głównego.

Sąd Apelacyjny dostrzegł również, że ustalenie w umowie podwykonawczej wynagrodzenia wstępnego na kwotę 37 237 446,69 zł nie wykluczało możliwości dopłat wynikających ze zmian wprowadzonych za zgodą zamawiającego, na zasadach przewidzianych w kontrakcie głównym. Nie wyjaśnił jednak dostatecznie, dlaczego uznał, że dochodzone przez powódkę wynagrodzenie nie mogło zostać określone na tej zasadzie i wymagało pisemnej zmiany umowy podwykonawczej. Nie odniósł się przy tym do ustalenia Sądu pierwszej instancji, wedle którego kwoty

wynikające z polecenia zmiany inżyniera kontraktu podlegały rozliczeniu z kwot warunkowych (40 000 000,00 zł) przez odpowiednią korektę ceny kontraktowej.

Sąd Apelacyjny wskazał, że w dniu 28 stycznia 2015 r. inwestor odrzucił polecenie zmiany nr [...] do protokołu konieczności nr [...] obejmującego kosztorys różnicowy na kwotę 489 719,92; odnotował również, że w poleceniu tym określono przedmiot robót zamiennych stosownie do przygotowanego projektu zamiennego. Nie sprecyzował jednak, czy czynność tę, biorąc pod uwagę czas jej dokonania oraz przesłanki, na których została oparta, uznał za skuteczną.

Wskazana niejednoznaczność ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku nie pozwala zaakceptować wyprowadzonych z nich wniosków, które legły u podstaw zaskarżanego wyroku, a w konsekwencji odeprzeć skutecznie zarzutów podniesionych w skardze kasacyjnej.

Z tych względów Sad najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzekł, jak w sentencji.

as