

Sygn. akt VII AGa 99/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 marca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Tomasz Szanciło

Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska (spr.)

SA Ewa Stefańska

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt XVI GC 985/12

uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

VII AGa 99/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 grudnia 2012 roku (...) sp. z o.o. w siedzibą P. domagał się zasądzenia od (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty 2.812.124,73 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 31 lipca 2012 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za dostarczone i zamontowane zasuwy nożowe na inwestycji o nazwie „Budowa układu przesyłowego ścieków z W.do oczyszczalni (...) Etap II”. Jako podstawa roszczenia zostały wskazane przepisy między innymi art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. oraz inne przepisy (czyn niedozwolony, bezpodstawne wzbogacenie).

W odpowiedzi na pozew (...) (...) S.A. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie powództwa podnosząc między innymi, że nie może ponosić odpowiedzialności na podstawie art. 647⁽¹⁾ k.c., albowiem powód nie był podwykonawcą, a jedynie sprzedawcą, a zgodnie z brzmieniem wspomnianego przepisu inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z wykonawcą jedynie wobec podwykonawców, a nie dostawców. W dniu 5 lutego 2011 roku (...) S.A. z siedzibą w W., jako wykonawca kontraktu, zawarł z (...) sp. z o.o. jako podwykonawcą „Umowę (...) nr (...)”, w której (...) sp. z o.o. zobowiązał się do sprzedaży (...) S.A. zasuw do budowy układu przesyłowego. Zasuwy zostały dostarczone na budowę na jesieni 2011 roku. Montaż zasuw został wykonany przez (...) S.A.

Wyrokiem z dnia 31 marca 2016 roku Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. kwotę 2 812 124,73 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 114 417 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 14 400 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok został wydany na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

(...) S.A. wraz z (...) S.A., Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. oraz (...) S.A. była członkiem konsorcjum, które było wykonawcą kontraktu nr (...) /10 z dnia 22 lipca 2010 r. zawartego z (...) (...) S.A. (dalej (...), pozwany, inwestor) w ramach inwestycji o nazwie „Budowa układu przesyłowego ścieków z (...) do oczyszczalni (...) Etap II”. Umowa została zawarta w wyniku przeprowadzonego przez (...) postępowania w trybie przepisów o zamówieniach publicznych. Liderem konsorcjum było Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

Następnie Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 5 lutego 2011 roku (...) S.A. (dalej (...), wykonawca) jako wykonawca zawarła z (...) sp. z o.o. (dalej (...) lub powód) jako podwykonawcą „Umowę (...) nr (...)”, w której (...) zobowiązała się do:

- analizy projektu budowlanego celem określenia wszystkich danych do zaprojektowania konstrukcji zasuw pozwalających uzyskać wymagane parametry regulacji;
- analizy projektu automatyki pod kątem właściwego doboru napędów, tak by spełniały wszystkie wymagania kontraktu (projekt, specyfikacja, itd.);
- przygotowania dokumentów pozwalających uzyskać zatwierdzenie wniosków materiałowych przez Inżyniera Kontraktu;
- zamówienia zatwierdzonych zasuw nożowych u ich producenta - firmy (...) .G.;
- współpracy z wykonawcą projektu wykonawczego w zakresie uściślenia parametrów pracy oraz projektu zabudowy, ustalenia parametrów prób szczelności itp.;
- dostawy urządzeń na plac budowy (dokonania Odbioru Technicznego po dostawie: sprawdzenie dokumentów dostawy, sprawdzenia zgodności dostaw z zamówieniem, wizualnej kontroli jakości);
- współpracy z wykonawcą podczas montażu urządzeń;
- sprawdzenia poprawności montażu mechanicznego;
- przygotowania urządzeń do odbiorów częściowych (podłączenia zasilania tymczasowego, ustawienia napędów elektrycznych, ustawienia połączeń krańcowych, ustawienia wyłączników momentowych, wyeliminowania potencjalnych usterek).
- przygotowania urządzeń do technicznego rozruchu (czyszczenia i konserwacji wrzecion i nakrętek zasuw nożowych);
- wykonania pierwszego uruchomienia;
- przygotowania urządzeń do przekazania do eksploatacji (współpracy w zakresie ustawienia parametrów regulacji zasuw, czynnego uczestnictwa w próbach końcowych, korekty ustawień wynikająca z wniosków komisji rozruchowej).

W dniu 13 września 2011 roku strony zawarły aneks do umowy, w którym ustaliły, że (...) dostarczy dodatkowo 2 sztuki zasuw nożowych (...). (...) o łącznej wartości 2 555, 28 (...). W związku z tym zmieniono wysokość wynagrodzenia należnego (...) za zrealizowanie całej umowy na kwotę 1 260 155,34 (...).

W wykonaniu umowy w dniu 26 września 2011 roku (...) dostarczyła 36 zasuw nożowych teren budowy, z czego 8 zasuw było wyprodukowanych specjalnie dla tej inwestycji. Następnego dnia (...) wystawiła (...) S.A. fakturę VAT o numerze (...) na łączną kwotę 5.742.518,85 zł. Na poczet w/w należności została zaliczona wpłata w kwocie 1 222 435,37 zł. W fakturze VAT o numerze (...) ustalono warunki płatności pozostałej kwoty w wysokości 4.520.083,48 zł, w ten sposób, że 1.808.033,39 zł miało być płatne do 4 października 2011 roku, a 2.712.050,09 zł do dnia 20 stycznia 2012 roku.

W związku ze zmianą cen jednostkowych produktów, w dniu 19 grudnia 2011 roku strony zawarły kolejny aneks do umowy, w którym zmieniły wysokość wynagrodzenia należnego (...) na kwotę 1 281 794,61 (...). W związku z tym (...) wystawiła fakturę VAT korygującą o numerze (...), na podstawie której należność wynikająca z faktury (...) zwiększyła się o kwotę 100.074,64 zł. Termin płatności faktury VAT korygującej został ustalony na dzień 20 stycznia 2012 roku. Jednakże w aneksie do umowy nr (...) z dnia 6 lutego 2012 roku strony ustaliły nowy termin płatności faktury (...) na dzień 30 maja 2012 roku.

Sąd Okręgowy wskazał, że w toku realizacji umowy, 29 listopada 2011 roku, (...) S.A. została przejęta przez spółkę (...) S.A. (dalej (...), wykonawca), która z mocy prawa przejęła prawa i obowiązki związane z umową zawartą z (...).

Według ustaleń Sądu, dostarczone przez (...) zasuw nożowe zamontowała firma (...), a zasilanie energetyczne podłączyła firma (...).

W trakcie realizacji inwestycji pracownicy (...) zajmowali się podłączeniem zasilania tymczasowego, ustawieniem napędów elektrycznych, ustawieniem połączeń krańcowych, ustawieniem wyłączników momentowych i pierwszym uruchomieniem. Pracownicy (...) udzielali również innych niezbędnych informacji potrzebnych do prawidłowego zamontowania zasuw lub ich uruchomienia.

Sąd Okręgowy podkreślił, że pozostała do zapłaty wierzytelności (...) kwocie 2. 812.124,73 zł nie była na żadnym etapie kwestionowana przez (...). Ostatnie potwierdzenie salda (...) otrzymała 11 czerwca 2012 r. Jednakże pomimo nie kwestionowania wierzytelności (...), (...) nie realizowała płatności zgodnie z przyjętym harmonogramem. W związku z tym (...) zainteresowała problemem inwestora - (...) i poinformowała go o braku płatności ze strony (...). W związku ze zbliżającym się terminem montażu zasuw i brakiem płatności ze strony (...), na początku 2012 roku odbyło się spotkanie, w którym z ramienia (...) uczestniczyli A. M. (1) i J. K. (1), a ze strony (...) W. P. (1) i P. B. (1). Na spotkaniu tym przedstawiciele (...) oświadczyli, iż wobec braku płatności ze strony (...) nie przystąpią do montażu precyzyjnego zasuw. Wówczas J. K. (1) przekonywał przedstawicieli (...), aby montaż wykonali, bo w ten sposób zostanie zamknięty kolejny etap inwestycji i będzie mogło być wystawione świadectwo płatności, na podstawie którego inwestor wypłaci (...) pieniądze, z których (...) będzie mogła pokryć zobowiązania wobec (...). Uspokojona takimi zapewnieniami (...) przystąpiła do montażu precyzyjnego zasuw, jednakże po jego wykonaniu uzyskała informacje, że inwestor przekazał środki pieniężne (...) i to do niej (...) powinna zwrócić się o zapłatę.

Sąd Okręgowy wskazał, że postanowieniem z dnia 11 czerwca 2012 roku Sąd Rejonowy (...) w P., Wydział XI Gospodarczy do spraw Upadłościowych i Naprawczych ogłosił upadłość (...) S.A. z siedzibą w W. z możliwością zawarcia układu z wierzycielami. Ten sam Sąd postanowieniem z dnia 13 września 2012 roku zmienił sposób prowadzenia postępowania upadłościowego z postępowania z możliwością zawarcia układu z wierzycielami na postępowanie obejmujące likwidację majątku dłużnika.

Sąd Okręgowy dokonał ustaleń faktycznych na podstawie okoliczności niespornych pomiędzy stronami oraz w oparciu o dowody z dokumentów, których wiarygodność nie była kwestionowana przez strony postępowania, a Sąd nie znalazł podstaw by ją podważyć. Ustaleń Sąd dokonał również w oparciu o zeznania świadków P. G. (1), J. K. (1), A. K. (1), A. Z., A. K. (2), S. M. i W. P. (1). Sąd Okręgowy ocenił zeznania jako zgodne ze sobą i wzajemnie się uzupełniające w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy i znajdujące potwierdzenie w dokumentach. Z zeznań świadków i z dokumentów wynikało, że (...) nie dokonywała montażu mechanicznego, gdyż zrobiła to firma (...), ale zajmowała się podłączeniem zasilania tymczasowego, ustawieniem napędów elektrycznych, ustawieniem połączeń

krańcowych, ustawieniem wyłączników momentowych, pierwszym uruchomieniem, a ponadto udzielała informacji odnośnie montażu mechanicznego i prób ciśnieniowych.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom A. M. (1) w zakresie, w którym twierdził, iż nie obiecywał powodowi pomocy w uzyskaniu zapłaty za dostarczone zasuw, albowiem zeznania te stały w sprzeczności z zeznaniami świadka W. P. (1) i wiceprezesa powodowej spółki (...). A. M. (1) informował ich o tym, że jest prowadzona lista podwykonawców, że jest ona monitorowana przez inwestora i że płatności na rzecz (...) są dużym problemem z uwagi na wysokość wierzytelności. Zasugerował napisanie do inwestora pisma w prośbę o umieszczenie na tej liście. Ponadto świadkowie wyjaśnili, że w marcu (...) wezwała ich do montażu i w związku z brakiem płatności i decyzją (...), aby do czasu otrzymania płatności wstrzymać się z dalszymi pracami zorganizowano spotkanie, w którym między innymi brali udział ze strony pozwanego A. M. (1) i J. K. (1), a ze strony powódki W. P. (1) i P. B. (1). W trakcie spotkania ustalono, że (...) będzie wykonywało prace dalej, po to aby mogło być wystawione świadectwo płatności, na podstawie którego (...) otrzyma pieniądze, które następnie wypłaci (...). Powyższe stwierdzenia zdaniem Sądu Okręgowego znajdują potwierdzenie, w dokumentach np.: notatce ze spotkania z dnia 26 czerwca 2012 roku, które co prawda miało miejsce później niż to, o którym wspominali świadkowie, ale potwierdza fakt, że takie spotkania odbywały się w trakcie realizacji budowy. Co więcej również doświadczenie życiowe nakazuje dać wiarę tym zeznaniom, albowiem w interesie inwestora było, aby powód brał udział w montażu precyzyjnym a następnie uruchomieniu zasuw. Nieobecność pracowników powoda mogła bowiem spowodować przesunięcie terminu oddania inwestycji, a w dalszej kolejności utratę dofinansowania ze środków Unii Europejskiej. Zatem działania inwestora polegające na zapewnianiu powoda, iż otrzyma należne wynagrodzenie i tym samym mające przekonać do kontynuowania prac były zrozumiałe. Sąd dodał, że P. B. (1) w swoich zeznaniach stwierdził, że już w styczniu 2012 roku rozmawiał z A. M. (1) na temat braku płatności ze strony (...), czemu świadek M. zaprzeczył. Tymczasem z dokumentu w postaci pisma z 31 stycznia 2012 roku skierowanego przez powoda do inwestora wynika, że już wtedy informował pozwanego o swoich problemach, z czego z kolei nie była zadowolona (...). Powyższą okoliczność potwierdził w zeznaniach uzupełniających również świadek W. P. (2).

Również przekonywujące w świetle zasad doświadczenia życiowego były dla Sądu Okręgowego twierdzenia wiceprezesa powodowej spółki, iż po uzyskaniu informacji o słabej kondycji finansowej (...), (...) poprosiła (...) o zgłoszenie (...) do inwestora jako podwykonawcy. W odpowiedzi (...) wyjaśniła, że nie jest to możliwe, ponieważ zgłoszenie podwykonawcy wymaga od niej przedstawienia gwarancji bankowej, której z uwagi na sytuację finansową nie uzyska.

Przy ustalaniu stanu faktycznego Sąd Okręgowy pominął zeznania świadka D. D., albowiem nie zawierały one informacji istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności ustalenia, według cen z lipca 2010 roku, wartości zasuw nożowych (...) firmy (...), które zgodnie z dołączonymi do pozwu projektami wykonawczymi powinny być wbudowane w komorze wejścia oraz w komorze wyjścia i jednocześnie zweryfikowanie w tym zakresie kosztorysów inwestorskich złożonych do akt sprawy. W ocenie Sądu powyższa okoliczność nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wartość zasuw wynikała bowiem z umowy i faktur VAT, których prawdziwości żadna ze stron nie kwestionowała.

Sąd Okręgowy podkreślił, że elementem niezbędnym do rozstrzygnięcia sporu było ustalenie charakteru umowy łączącej powoda z (...), od tej oceny zależała bowiem możliwość przyjęcia odpowiedzialności pozwanego w oparciu o przepis art. 647¹ k.c.

Z kolei pozwany stał na stanowisku, że powód była dostawcą, a nie podwykonawcą, albowiem nie wykonywał usług, które można by było zakwalifikować jako roboty budowlane. Pod pojęciem roboty budowlane rozumie się budowę oraz prace polegające na remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast powód, jak wynika z treści umowy, był jedynie sprzedawcą części dla (...) i nie wykonywał nawet montażu tych części, gdyż czynność ta została wykonana przez (...) S.A. – podwykonawca w zakresie robót montażowych generalnego wykonawcy.

Sąd Okręgowy przyznał rację stanowisku reprezentowanemu przez powoda. Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c., podmiot zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca (generalny wykonawca) ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Celem tego przepisu, jak i całego art. 647¹ k.c. jest przeciwdziałanie negatywnemu zjawisku niepłacenia wynagrodzeń za prace wykonane przez podwykonawców - małych i średnich przedsiębiorców. W najprostszej sytuacji, w której dochodzi do wykonania prac budowlanych przez podwykonawcę, zobowiązani solidarnie na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy są inwestor i wykonawca. Przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy jest z jednej strony zawarcie przez nich umowy o roboty budowlane, a z drugiej zawarcie przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo z określonym przedsiębiorcą. Objęta hipotezą art. 647¹ § 5 k.c. umowa o roboty budowlane musi, zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c., określać, które roboty wykonawca będzie realizował przy pomocy podwykonawców. Wymagania dotyczące objętej hipotezą art. 647¹ § 5 k.c. umowy o podwykonawstwo, zawartej przez wykonawcę, określa art. 647¹ § 2, 4 i 6 k.c.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że są wątpliwości co do tego, jakie umowy są umowami o podwykonawstwo, warunkującymi zastosowanie art. 647¹ § 5 k.c. Brzmienie art. 647¹ § 5 k.c. może wskazywać, że także umowa z podwykonawcą powinna być umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.; w przepisie tym jest mowa o robotach budowlanych wykonanych przez podwykonawcę. Jak jednak zauważono w piśmiennictwie, wielu podwykonawców świadczy swoje usługi na rzecz wykonawcy nie na podstawie umowy o roboty budowlane, lecz na podstawie umowy o dzieło. Podwykonawcy ci zasługują na ochronę wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. niemniej niż podwykonawcy świadczący swoje usługi na rzecz wykonawcy na podstawie umowy o roboty budowlane. Ostatecznie więc trzeba przyjąć, że wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. ochroną objęci są zarówno podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o dzieło. Z odwołania się w omawianym przepisie do robót budowlanych wykonanych przez podwykonawcę należy wywieść wymaganie, aby rezultat świadczenia podwykonawcy spełnionego na podstawie umowy z wykonawcą składał się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane. Tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy wchodzi w skład obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, można usprawiedliwić nałożenie na inwestora obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Okolicznością usprawiedliwiającą nałożenie tego obowiązku jest zrealizowanie części świadczenia wykonawcy na rzecz inwestora kosztem podwykonawcy, tj. bez otrzymania za to należnego wynagrodzenia od wykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu, zatem nadanie umowie łączącej strony nazwy „umowa dostawy” nie przesądzało o takim jej charakterze. Analiza treści umowy łączącej powoda z (...) prowadzi do wniosku, że była to umowa o dzieło, w ramach której powód zobowiązał się do zapoznania się z dokumentacją projektową, zamówienia u producenta zasuw nożowych, których parametry techniczne byłyby zgodne z projektem, i uruchomienie ich zgodnie z harmonogramem przyjętym na budowie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zasuw nożowe były istotną częścią obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy zawartej z inwestorem. Oddanie inwestycji do użytkowania bez dostarczenia, zamontowania i uruchomienia zasuw nie było możliwe. Poza sporem było, iż 8 zasuw zostało wyprodukowanych specjalnie dla tej inwestycji. Dlatego też w umowie z (...) (...) zobowiązała się do zapoznania się z projektem budowlanym celem określenia wszystkich danych do zaprojektowania konstrukcji zasuw pozwalających uzyskać wymagane parametry regulacji, analizy projektu automatyki pod kątem właściwego doboru napędów, tak by spełniały wszystkie wymogi kontraktu (projekt, specyfikacja, itd.), przygotowania dokumentów pozwalających uzyskać zatwierdzenie wniosków materiałowych przez Inżyniera Kontraktu a następnie zamówienia zatwierdzonych zasuw nożowych u ich producenta. Powyższe obowiązki, jak i te związane ze sprawdzeniem poprawności

montażu mechanicznego, przygotowaniem urządzeń do odbiorów częściowych (podłączenia zasilania tymczasowego, ustawienia napędów elektrycznych, ustawienia położeń krańcowych, ustawienia wyłączników momentowych, wyeliminowania potencjalnych usterek), przygotowaniem urządzeń do technicznego rozruchu, wykonaniem pierwszego uruchomienia oraz przygotowaniem urządzeń do eksploatacji (współpracy w zakresie ustawienia parametrów regulacji zasuw, czynnego uczestnictwa w próbach końcowych, korekty ustawień wynikająca z wniosków komisji rozruchowej), wykraczają znacznie poza obowiązki stron umowy dostawy. Zgodnie bowiem z przepisami kodeksu cywilnego przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny (art. 605 k.c.). Tymczasem, jak już wyżej wspomniano powód zobowiązał się do dostarczenia zasuw, które spełniałyby wszystkie wymagania kontraktu, z czego 8 powstało specjalnie dla tej konkretnej inwestycji, nie były więc rzeczami oznaczonymi co do gatunku. Ponadto obowiązki powoda wobec wykonawcy nie kończyły się w momencie dostarczenia zasuw na teren budowy. Sąd Okręgowy zauważył, że poza sporem było, iż zasuw zostały dostarczone na teren budowy na jesieni 2011 roku. Jednakże i po tej dacie przedstawiciele powoda byli obecni na terenie budowy, co więcej uczestniczyli w spotkaniach z udziałem przedstawicieli inwestora, których celem było przekonanie powoda, iż powinien kontynuować montaż, gdyż inwestor dopilnuje, aby otrzymał pieniądze od wykonawcy. Powyższa okoliczność świadczy o tym, że bez udziału pracowników powoda uruchomienie zasuw i ich dalsza eksploatacja nie byłyby możliwe. Co więcej zdaniem Sądu, gdyby powód był jedynie dostawcą, tak jak twierdzi pozwany, to wzmianki o tym, że powód uruchomił i sprawdził zasuw nie znalazłyby się w notatkach z cotygodniowych spotkań na terenie budowy, podczas których ustalano harmonogram działań, postęp prac oraz odnotowywano podmioty odpowiedzialne za poszczególne prace. W ocenie Sądu umieszczenie zapisów miało znaczenie między innymi, gdyby doszło do awarii lub nieprawidłowego działania zasuw, wówczas na podstawie tych zapisów możliwe było ustalenie podmiotu odpowiedzialnego zaistniałą sytuację.

Sąd Okręgowy uznał, że powoda z (...) łączyła umowa podwykonawcza, a skoro tak, to ustalenia wymagało spełnienie się przesłanek warunkujących solidarną odpowiedzialność inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy określonych w art. 647¹ § 2 i 3 k.c.

Zgodnie z podglądem utrwalonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się przepisu art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny, niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zd. 2 k.c. (tak SN w uchwale 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 roku, sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121 oraz w wyroku z dnia 18 czerwca 2015 roku, sygn. akt III CSK 370/14, Lex nr 1745820). Obojętna jest również chwila wyrażenia zgody przez inwestora, ponieważ art. 647¹ § 2 k.c. nie formułuje żadnych ograniczeń czasowych, co pozwala się opowiedzieć za możliwością skutecznego wyrażenia zgody przez inwestora także już po zawarciu umowy przez wykonawcę i podwykonawcę, a nawet po jej wykonaniu (tak SN w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku, sygn. akt V CSK 492/07 oraz w wyroku SN z 4 lutego 2011 roku, sygn. akt III CSK 152/10). Nie jest również elementem niezbędnym dla przyjęcia odpowiedzialności inwestora przedstawienie mu treści umowy łączącej wykonawcę z podwykonawcą, wystarczy, że inwestor miał możliwość zapoznania się z nią lub w inny sposób posiadał wiedzę odnośnie podwykonawcy i zakresie wykonywanych przez niego robót (uchwała składu 7 sędziów SN j.w.).

Poza sporem było że inwestycja była realizowana częściowo ze środków przekazanych przez Unię Europejską. W przypadku takich inwestycji faktem powszechnie znanym jest to, że inwestycja musi zakończyć się w terminie, gdyż w przeciwnym razie grozi utrata dofinansowania. W przypadku spornej inwestycji atmosfera na budowie była trudna z powodu kłopotów finansowych (...), co z kolei przekładało się na brak płatności na rzecz podwykonawców i realną groźbę zejścia ich z placu budowy, a wówczas ukończenie inwestycji w terminie było niemożliwe. Tymczasem pozwanemu zależało na terminowym ukończeniu inwestycji. W tej sytuacji w pełni zrozumiałe są działania inwestora, których celem było zatrzymanie na budowie podwykonawców (...), jak również powoda, który miał dokonać montażu precyzyjnego zasuw nożowych, nadzorować ich montaż i uruchomienie. Żadna z firm pracujących na inwestycji

nie miała osób posiadających wiedzę niezbędną do wykonania prac powierzonych powodowi. Zatem ewentualne opuszczenie terenu budowy przez jego pracowników byłoby poważnym problemem dla inwestora.

Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie również w piśmie z dnia 31 stycznia 2012 roku skierowanym przez powoda do pozwanego, w której odnosząc się do wcześniejszej korespondencji z dnia 25 stycznia 2012 roku informuje o rozpoczęciu rozmów z (...) odnośnie uregulowania zaległości. A zatem z treści pisma wynika, że już na początku 2012 roku powód kontaktował się z pozwanym w sprawie płatności, co dawało pozwanemu wiedzę o tym, że podmiot taki jak (...) funkcjonuje na budowie i możliwość zapoznania się z umową łączącą z (...). Z kolei z innego dokumentu notatki ze spotkania w dniu 25 czerwca 2012 roku wynika, że odbyło się ono w obecności przedstawicieli (...) oraz (...) i dotyczyło współpracy tych dwóch podmiotów przy uruchomieniu przesyłu ścieków jak również w późniejszym okresie serwisowania urządzeń. Te okoliczności zdaniem Sądu Okręgowego potwierdzają tezę powoda, że pozwany wiedział o jego istnieniu na budowie i o treści umowy łączącej powoda z (...).

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że pozwany już od początku 2012 roku wiedział do jakich czynności zobowiązał się powód w umowie z (...) oraz jakie wynagrodzenie miał za to otrzymać i nie sprzeciwiał się temu, co więcej namawiał powoda do wykonywania umowy, pomimo braku płatności ze strony (...). Powód wykonał umowę łączącą go z (...) w całości, dostarczone przez niego zasuwę nożowe, zostały zamontowane i uruchomione, a inwestycja, której były częścią, zakończona i odebrana przez inwestora. W tym stanie rzeczy, pozwany jest odpowiedzialny solidarnie wraz z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia na rzecz powoda jako podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wobec spełnienia się przesłanej odpowiedzialności z art. 647¹ k.c., zbędne było podanie innych podstaw odpowiedzialności pozwanego przytoczonych w pozwie.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 812 124,73 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie umowy podwykonawczej z dnia 5 lutego 2011 roku. W zakresie odsetek Sąd orzekł zgodnie z żądaniem pozwu oraz uwzględnieniem regulacji, o której mowa w art. 481 k.c. i zasądził kwotę dochodzoną pozwem wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2012 roku tj. od dnia doręczenia wezwania do zapłaty do dnia 31 grudnia 2015 roku w wysokości określonej w art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 9 października 2015 roku (ustawa z dnia 9 października 2015 roku o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw) a od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty zgodnie z art. 481 §1 k.c. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2016 roku.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z przepisem art. 98 k.p.c., w myśl którego strona przegrywająca jest zobowiązana zwrócić stronie przeciwnej koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. W związku z tym Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 114 417,00 zł, na którą składały się: opłata od pozwu w wysokości 100 000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 14 400,00 zł ustalone w oparciu o § 6 pkt 7 w zw. z § 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013.490 z zm.) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł. Tym samym Sąd uwzględnił wniosek pełnomocnika powódki o zasądzenie wynagrodzenia w wysokości 2-krotności stawki minimalnej, albowiem przemawiał za tym nakład pracy pełnomocnika oraz rodzaj i stopień zawisłości sprawy. W sprawie zgromadzono prawie 2 tysiące stron dokumentów i odbyło kilka rozpraw, na których przesłuchano wielu świadków, dokonano konfrontacji dwóch z nich, a na wszystkich rozprawach był obecny pełnomocnik powódki.

Pozwany zaskarżył wyrok w całości zarzucając mu:

1) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 647¹ § 5 k.c. w zw. z art. 627 k.c. w zw. z klauzulą 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, która określała procedurę zgłaszania podwykonawcy poprzez ich błędne zastosowanie w wyniku przyjęcia, że umowa łącząca powoda z (...) S.A. była umową o dzieło i że zostały wypełnione przesłanki do zastosowania przepisów art. 647¹ § 5 k.c.;

2) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 647¹ § 4 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że zmiany treści umowy podwykonawczej dla powstania odpowiedzialności inwestora nie muszą być dokonywane w formie pisemnej pomimo, że wskazany przepis wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności umowy podwykonawczej;

3) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 535 k.c. poprzez ich niezastosowanie i nieuznanie „Umowy (...) nr (...)” z dnia 5 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy powodem a (...) S.A. za umowę sprzedaży;

4) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 734 k.c. w zw. z art. 750 k.c. poprzez ich niezastosowanie, tj. przyjęcie, że umowa łącząca powoda z (...) S.A. nie była umową o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy umowy zlecenia;

5) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 76 k.c. w zw. z § 12 ust. 5 „Umowy (...) nr (...)” z dnia 5 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy powodem a (...) S.A. poprzez przyjęcie przez Sąd, że treść wymienionej umowy została przez jej strony uzupełniona w bliżej niesprecyzowany sposób i w bliżej niesprecyzowanych okolicznościach o obowiązki opisane na drugiej stronie uzasadnienia wyroku, pomimo, że wskazana umowa wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności dla jej zmian;

6) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 65 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i wywiedzenie bez wysłuchania stron „Umowy (...) nr (...)” z dnia 5 lutego 2011 roku, że ich zamiarem było zawarcie umowy o dzieło;

7) obrazę przepisów postępowania cywilnego, a mianowicie przepisów art. 230 k.p.c. poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że skoro pozwany nie kwestionował dowodów czy twierdzeń powoda, to przyznał te okoliczności, podczas gdy w odpowiedzi na pozew i kolejnych pismach procesowych pozwany wyraźnie oświadczył, że zaprzecza wszelkim twierdzeniom i dowodom powoda poza wyraźnie przyznanymi, co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności zostały udowodnione, co mogło mieć wpływ na treść wyroku;

8) obrazę przepisów postępowania cywilnego, a mianowicie przepisów art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego w sposób dowolny, a nie swobodny, wręcz tendencyjny, bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, a w szczególności bezkrytyczne danie wiary zeznaniom świadka P. i przesłuchanego za stronę P. B., pominięcie zeznań świadków „niezależnych” od stron (tj. J. K., A. K. i P. G.), a także uznanie części zeznań świadka A. M. za niewiarygodne, nieuwzględnienie treści pisma pełnomocnika powoda S. B. (w aktach), że powód zawierając umowę zawarł umowę dostawy, jak i nie uwzględnienie treści zleceń serwisowych (w aktach) z 19 marca i 13 kwietnia 2012 roku, z co mogło mieć wpływ na treść wyroku;

9) błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych jako podstawa orzekania, a mianowicie ustalenie, że:

a) powód zawarł umowę z 5 lutego 2011 roku z (...) S.A. jako podwykonawca, w sytuacji gdy faktycznie zawarł tę umowę jako sprzedawca;

b) w zakresie umowy z dnia 5 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy powodem a (...) S.A. znajdowały się czynności opisane na stronie 2 uzasadnienia wyroku, w sytuacji gdy w treści dokumentu umowy w ogóle brak jest takich zapisów;

c) 8 sztuk zasuw było specjalnie wyprodukowanych na potrzeby inwestycji realizowanej przez pozwanego w sytuacji, gdy w istocie były to zasuwy będące w ofercie producenta, ale produkowane po otrzymaniu zamówienia, a nie znajdujące się na stanach magazynowych;

d) powód dokonywał podłączenia zasilania elektrycznego tymczasowego zasuw, w sytuacji gdy podłączenia te wykonywane były przez firmę (...);

e) powód dokonywał pierwszego uruchomienia zasuw, w sytuacji gdy pierwsze uruchomienie przeprowadzane było przez wykonawcę kontraktu, tj. (...) Spółka z o.o., w obecności powoda i to w odniesieniu tylko do dwóch zasuw, bo w przedstawionych protokołach z narad koordynacyjnych mowa jest o dwóch zasuwach w Zakładzie (...), a o Zakładzie (...), gdzie również były zamontowane zasuwy, w ogóle nie ma mowy. W związku z czym powód nie był nawet obecny przy uruchamianiu pozostałych 34 zasuw;

f) zasuwy nie były zamontowane na początku 2012 roku, przed terminem płatności należności powoda za dostarczone zasuwy i to miało spowodować podjęcie działań przez powoda wobec pozwanego zmierzających uzyskania zapłaty;

g) pozwany dokonywał płatności na rzecz (...) S.A. za zrealizowane roboty w wykonaniu kontraktu, w sytuacji gdy wszelkie płatności zrealizowane na rzecz (...) Spółka z o.o., a więc pozwany ani nikt inny nie mógł obiecywać powodowi, że otrzyma zapłatę za zasuwy za pośrednictwem (...) S.A., gdy ta spółka otrzyma zapłatę od pozwanego za wykonane roboty;

h) ustawienie napędów elektrycznych, ustawienie położeń krańcowych i ustawienie wyłączników momentowych, to różne czynności, w sytuacji gdy jest to w istocie jedna czynność odnosząca się do ustawienia nastawów zasuw, zabezpieczającego przed uszkodzeniem w wyniku przeciążenia oraz że czynności te wykonywał powód, gdy w istocie powód ich nie wykonywał, a jedynie sprawdził ustawienia;

i) przedstawiciel pozwanego w osobie pana A. M. oraz pan J. K. składali powodowi obietnice zapłaty należności;

j) (...) S.A. wezwała w marcu 2012 roku powoda do montażu zasuw, a wobec braku płatności i w związku ze wstrzymaniem się z montażem zasuw przez powoda zostało zorganizowane spotkanie, na którym miano obiecywać powodowi zapłatę wynagrodzenia ze środków pieniężnych, jakie miały zostać uruchomione na rzecz (...) S.A. po wykonaniu robót, co jest oczywistą nieprawdą, gdyż 6 lutego 2012 roku powód zawarł z (...) S.A. aneks nr (...) do umowy, w którym określono termin zapłaty za zasuwy na 31 maja 2012 roku, a więc w marcu 2012 roku nie można było mówić o braku zapłaty. Przy tym (...) S.A. nie otrzymywała w związku z realizacją kontraktu żadnego wynagrodzenia od pozwanego, bo wszelkie rozliczenia były dokonywane z (...) Spółka z o.o.;

k) odmowa współdziałania ze strony powoda mogła spowodować opóźnienie w realizacji kontraktu i utratę dofinansowania, co miało powodować, że pozwanemu zależało na tym, aby powód był na budowie i świadczył bliżej nieokreśloną pracę, w sytuacji gdy z pisma S. A. (producent zasuw) z 4 lipca 2012 roku wynika jednoznacznie, że nie było wymogu, aby uruchomienia zasuw dokonywał producent czy serwisant i zasuwy mogły być uruchomione bez obecności powoda, a więc nieobecność powoda nie przedłużała realizacji przedmiotu kontraktu;

l) powód wyeliminował drobne usterki stanowiące przeszkodę do uruchomienia zasuw, w sytuacji gdy żadne dowody na tę okoliczność nawet nie były przeprowadzone, podobnie jak i nie zostało nawet wykazane co to były za usterki, a co więcej to powód swoimi działaniami w celu wymuszenia zapłaty zablokował napędy zasuw, wprowadzając przy tym sobie tylko znane hasło obsługowe, co skutkowało koniecznością demontażu zasuw i przekazaniu zasuw do serwisu (...);

m) pozwanemu była znana treść umowy przed styczniem 2012 roku, w sytuacji gdy umowa została przekazana pozwanemu po styczniu 2012 roku, a przy tym została dostarczona bez jakichkolwiek innych dokumentów, z których wynikałby obowiązek prowadzenia prac montażowych przez powoda;

n) pozwany wyraził zgodę na zatrudnienie podwykonawcy w osobie powoda przez (...) S.A.;

o) obecność powoda przy uruchomieniu zasuw była częścią obowiązków powoda, wynikających z umowy, w sytuacji gdy czynności te powód wykonywał w wyniku ich osobnego zlecenia, co potwierdzają „Notatki służbowe” z dnia 9 marca i 13 kwietnia 2012 roku;

10) obrazę przepisów postępowania cywilnego, a mianowicie przepisów art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku konkretnych dowodów na jakich Sąd oparł się wydając wyrok, bo nie można za takie wskazanie uznać ogólnikowego odwołania się do dokumentów złożonych w sprawie, poprzez brak wskazania powodów, które skutkowały odmową dania wiary niektórym dowodom, co powoduje niemożność poznania, czym kierował się Sąd Okręgowy wydając zaskarżony wyrok oraz czyni niemożliwym przeprowadzenie kontroli instancyjnej prawidłowości wyroku przez Sąd Apelacyjny;

11) naruszenie przepisów postępowania cywilnego poprzez naruszenie zasady bezpośredniości przeprowadzania dowodu, a w szczególności poprzez nieprzesłuchanie świadków J. K. i A. M. na okoliczność składania przez wymienionych powodowi obietnic zapłaty wynagrodzenia pod warunkiem wykonania określonych usług i zastąpienie tego dowodu spekulacjami i domniemaniami wywodzonymi z zeznań świadka P. i przesłuchanego za stronę P. B.;

12) naruszenie przepisów postępowania cywilnego, a mianowicie art. 299 k.p.c., poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony powodowej pomimo, że w sprawie nie pozostały do wyjaśnienia istotne okoliczności do wyjaśnienia, gdyż zgromadzony materiał dowodowy w sprawie pozwalał na ustalenie stanu faktycznego oraz poprzez ustalenie stanu faktycznego w oparciu o zeznania P. B. i pominięcie materiału dowodowego przeczącego zeznaniom P. B., co mogło mieć wpływ na treść wyroku.

Ponadto pozwany wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka:

1) Pana J. K. (1) na okoliczność, że nie przekonywał przedstawicieli powoda do wykonywania montażu zasuw, bo w ten sposób miałyby być zamknięty kolejny etap inwestycji i stworzona możliwość zapłaty wynagrodzenia (...) S.A. pieniędzy, z których (...) S.A. będzie mogła wypłacić pieniądze powodowi za sprzedane zasuw oraz na okoliczność, że nie prowadził z przedstawicielami powoda ani z nikim innym takich rozmów i nie nakłaniał powoda do uczestniczenia w uruchomieniu zasuw oraz że powód nie prowadził żadnego montażu zasuw i zasuw nie były projektowane i produkowane wyłącznie na potrzeby inwestycji realizowanej przez pozwanego;

2) Pana A. M. (1) i B. Z. na adres pozwanego na okoliczność złożenia w dniu 14 kwietnia 2016 roku na spotkaniu w siedzibie pozwanej oświadczenia przez P. B. (1), że powód zawarł umowę o treści, z której wynikało, że (...) nie jest podwykonawcą, celowo na życzenie (...) S.A. w celu ukrycia przed pozwanym, że powód jest podwykonawcą, a tym samym na okoliczność, że pozwany nie miał wiedzy, że powód ma być podwykonawcą na inwestycji pozwanego i że pozwany miał o tym nie wiedzieć i A. M. dodatkowo na okoliczności jak w pkt. 1 powyżej.

Powołując się na powyższe zarzuty pozwany wnosił o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości;

2) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za I instancję w kwocie 14.400 zł i 17 zł tytułem zwrotu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów opłaty sądowej od apelacji i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

ewentualnie o:

4) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu celem ponownego rozpoznania sprawy;

5) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za I instancję w kwocie 14.400 zł i 17 zł tytułem zwrotu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

6) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów opłaty od apelacji i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanego jest zasadna w zakresie prowadzącym do uchylecia wyroku.

Zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego koncentrowały się na zanegowaniu przyjętej przez Sąd pierwszej instancji kwalifikacji prawnej stosunku prawnego łączącego strony i będącej jego konsekwencją odpowiedzialności solidarnej pozwanego. Istotą zarzutów jest podważenie dwóch wniosków Sądu pierwszej instancji, mianowicie (i) przyjęcie, że strony (...) sp. z o.o. i (...) S.A. łączyła umowa o dzieło i (ii) wywiedzenie dorozumianej zgody pozwanego jako przesłanki odpowiedzialności solidarnej za zapłatę wynagrodzenia należnego (...) sp. z o.o.

Co do pierwszej okoliczności pozwany wskazywał, że można mówić o (i.1) umowie sprzedaży, (i.2) umowie o świadczenie usług. Co do drugiego założenia podniósł, że (ii.1) pozwany nie znał treści umowy, (ii.2) umowa została przedstawiona na żądanie w lutym 2012 roku, po terminie zapłaty, gdy umowa została wykonana /zasuwy dostarczone i zamontowane/. Z ustaleniami Sądu Okręgowego w zakresie okoliczności faktycznych pozwany wiąże szereg naruszeń prawa procesowego i przede wszystkim błędne ustalenia stanu faktycznego.

Obszerność zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych wymaga w pierwszej kolejności analizy, czy rzeczywiście Sąd pierwszej instancji niewłaściwie ustalił fakty dotyczące zawarcia umowy pomiędzy powodem a (...) S.A. tak, aby móc przejść do oceny zarzutów prawa materialnego możliwych do rozważenia, tylko przy prawidłowo ustalonym stanie faktycznym.

Istotne dla potrzeb rozpoznania apelacji są trzy pierwsze wytknięcia w zakresie ustaleń faktycznych przyjętych jako podstawa orzekania, mianowicie: (a) powód zawarł umowę z 5 lutego 2011 roku z (...) S.A. jako podwykonawca, (b) w zakresie umowy z dnia 5 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy powodem a (...) S.A. znajdowały się czynności opisane na stronie 2 uzasadnienia wyroku w sytuacji, gdy w treści dokumentu umowy w ogóle brak jest takich zapisów i (c) 8 sztuk zasuw było specjalnie wyprodukowanych na potrzeby inwestycji realizowanej przez pozwanego, w sytuacji gdy w istocie były to zasuw będące w ofercie producenta, ale produkowane po otrzymaniu zamówienia, a nie znajdujące się na stanach magazynowych.

Po pierwsze, 15 lutego 2011 roku powód zawarł z (...) S.A. umowę dostawy nr (...) (k. 21). Przedmiotem umowy według jej §2 była dostawa loco budowa zasuw nożowych z napędami ręcznymi i elektrycznymi zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy. Załącznik wymieniał zasuw o różnej średnicy (...), (i) dwie międzykołnierzowe (...) mm z napędem elektrycznym, (ii) dwie odcinające (...) mm z napędem elektrycznym, (iii) cztery regulujące (...) mm z napędem elektrycznym (k. 29). Pozostałe w ilości 32 miały średnice (...) 300, (...) 250, (...) 150, (...) 100. Wartość przedmiotu umowy (loco budowa) wynosi netto 1 257 600,06 CHF.

W §4 umowy zatytułowanym warunki dostawy wskazano, iż dostawca sprzedaje a kupujący kupuje przedmiot umowy, o którym mowa w §2 umowy. Miejscem spełnienia świadczenia jest teren budowy zlokalizowany w W. przy ul. (...). Dostawa realizowana jest na bazie (...) budowy W. według zasad (...) 2000. Ubezpieczenie i transport towaru wliczone w wartość przedmiotu umowy. Wraz z fakturami dostawca przekaże wymagane dokumenty jakościowe, techniczne i formalne (Krajowa Deklaracja Zgodności, (...), Gwarancja, atesty, Deklaracja zgodności, aprobaty techniczne, świadectwa pochodzenia) oraz potwierdzony przez kupującego protokół przyjęcia dostawy zgodnie z §6 ust. 2. Dostarczenie kompletu w/w dokumentów warunkuje dokonanie zapłaty za dostarczony przedmiot umowy. Wspomniany §6 ust. 2 zawierał się w postanowieniach dotyczących warunków odbioru i każdy element przedmiotu umowy podlegał odbiorowi technicznemu na budowie przez kierownika budowy kupującego oraz wyznaczonego przedstawiciela dostawcy, którego potwierdzeniem jest spisanie protokołu przyjęcia dostawy potwierdzającego zgodność zewnętrznych cech technicznych urządzeń z parametrami określonymi w normach i aprobaty technicznych oraz warunkach kontraktu.

Zastrzeżono, że wszelkie zmiany umowy wymagały dla swej ważności zgody obu stron wyrażonej w formie pisemnego aneksu.

Umowa została zmieniona aneksami co do przedmiotu (rozszerzenie), wynagrodzenia (zwiększenie) i terminu płatności (przedłużenie)(aneksy z dnia 13 września 2011 roku, 19 grudnia 2012 roku, 6 lutego 2012 roku, k. 26-30).

Sąd pierwszej instancji nie był konsekwentny w kwalifikacji prawnej zawartej umowy (niewłaściwie ustalając datę jej zawarcia 5 zamiast 15 lutego 2011 roku) między powodem a (...) S.A. Przyjmując raz, że była to umowa podwykonawcza (strona 8 i 12 uzasadnienia), by dokonując wykładni umowy zakwalifikować stosunek prawny jako umowę o dzieło (strona 10 uzasadnienia). Miarodajne do przyjęcia, że powoda z wykonawcą łączyła umowa o dzieło była zdaniem Sądu analiza treści umowy prowadząca do wniosku, że powód zobowiązał się do zapoznania się z dokumentacją projektową, zamówienia u producenta zasuw nożowych, których parametry techniczne byłyby zgodne z projektem, i uruchomienie ich zgodnie z harmonogramem przyjętym na budowie. Wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji w zapisach umowy nie ma ujętych powyższych zobowiązań powoda. Powód oświadczył, że zapoznał się z dokumentacją projektową. Ani treść umowy ani załącznik nr 1 zawierający zamawiane elementy nie operują szczególnymi cechami zasuw. Dokumentacja projektowa dla zadania 3.2 etap II.2 Tom W2.2. Syfon pod W. wskazuje zasuw S. typ (...) lub równorzędne opisując ich właściwości (k. 137). Korespondencja mailowa z 5 kwietnia 2011 roku zawiera załączniki dotyczące zasuw (...) typ (...), (...), (...) oraz (...).300, (...).250, (...).100, (...).100, (...).150, (...).300 (k. 101-110). Jednym z typów zasuw (...) dostarczonych na teren budowy były (...) 1 (...) (k. 41). Projektant A. Z. w swoim oświadczeniu z dnia 2 października 2012 roku wskazał, że według jego wiedzy (...) w oparciu o założenia projektu budowlanego opracowywał szczegółowe założenia konstrukcyjne dostarczanych przez siebie zasuw (...) firmy (...) (k. 113). Zeznając wskazał, że nie jest to zakup rynkowy, korzystał ze współpracy z (...) przy rozwiązaniach niekatalogowych (nagranie rozprawy z dnia 25 marca 2015 roku czas 00:07:40; 00:29:40). Z kolei A. J. (1) podał, że jest to produkcja indywidualna, ujęta w katalogu, ale jednostkowa, nikt nie robi tego na magazyn (nagranie rozprawy z dnia 10 września 2015 roku czas 00:57:30). Inżynier kontraktu J. K. (1) wyjaśniał, że zasuw zostały wyprodukowane przez firmę (...) zgodnie z wnioskiem materiałowym. Zasuw średnicy 1600 wymagały przeprojektowania przez producenta co do korpusu i materiałów (nagranie rozprawy z dnia 10 września 2014 roku czas 01:05:40). Znamienne jest, że przedstawiciel powoda swoje czynności nazwał dobozem urządzeń (nagranie rozprawy z dnia 22 października 2015 roku czas 00:04:00). Powyższe zeznania w połączeniu z dokumentami nie dają odpowiedzi, w jakim zakresie zasuw (...) zyskiwały cechę indywidualną na potrzeby inwestycji. Jedynie ich odrębność od standardowej produkcji stanowiłaby przedmiot umowy o dzieło. Zmiana korpusu i materiałów, o których wspominał świadek K. może nadawać cechę dzieła co wymagałoby porównania standardowej produkcji z produkcją objętą wnioskiem materiałowym. Powód nie złożył ani wniosku materiałowego, ani umowy łączącej jego z S., z której by wynikał zakres zamówienia. Na taką potrzebę wskazywał pozwany w odpowiedzi na pozew, co spotkało się z zanegowaniem przez powoda potrzeby włączenia umowy do materiału dowodowego (pismo procesowe datowane 11 kwietnia 2013 r., k. 508; pismo procesowe datowane 14 października 2013 roku, k. 569). Ciężar dowodu, że powoda z (...) łączyła umowa o dzieło spoczywał na powodzie.

Po drugie, nie w aneksie do umowy, tylko w piśmie z dnia 2 lipca 2012 roku skierowanym do powoda, (...) S.A. wymienia, do czego zobowiązał się powód w ramach uzgodnionej ceny, to znaczy:

- analizy projektu budowlanego celem określenia wszystkich danych do zaprojektowania konstrukcji zasuw pozwalających uzyskać wymagane parametry regulacji;
- analizy projektu automatyki pod kątem właściwego doboru napędów, tak by spełniały wszystkie wymagania kontraktu (projekt, specyfikacja, itd.);
- przygotowania dokumentów pozwalających uzyskać zatwierdzenie wniosków materiałowych przez Inżyniera Kontraktu;
- zamówienia zatwierdzonych zasuw nożowych u ich producenta - firmy (...).G.;

- współpracy z wykonawcą projektu wykonawczego w zakresie uściślenia parametrów pracy oraz projektu zabudowy, ustalenia parametrów prób szczelności itp.;
- dostawy urządzeń na plac budowy (dokonania Odbioru Technicznego po dostawie: sprawdzenie dokumentów dostawy, sprawdzenia zgodności dostaw z zamówieniem, wizualnej kontroli jakości);
- współpracy z wykonawcą podczas montażu urządzeń;
- sprawdzenia poprawności montażu mechanicznego;
- przygotowania urządzeń do odbiorów częściowych (podłączenia zasilania tymczasowego, ustawienia napędów elektrycznych, ustawienia połączeń krańcowych, ustawienia wyłączników momentowych, wyeliminowania potencjalnych usterek);
- przygotowania urządzeń do technicznego rozruchu (czyszczenia i konserwacji wrzecion i nakrętek zasuw nożowych);
- wykonania pierwszego uruchomienia;
- przygotowania urządzeń do przekazania do eksploatacji (współpracy w zakresie ustawienia parametrów regulacji zasuw, czynnego uczestnictwa w próbach końcowych, korekty ustawień wynikająca z wniosków komisji rozruchowej) (pismo z 2 lipca 2012 roku, k. 40).

Sąd pierwszej instancji ustalając zobowiązanie powoda wynikające z zawartej umowy wyliczył powyższe czynności, gdy bezspornie przedmiot umowy nr (...) nie obejmuje czynności wymienionych pismem z 2 lipca 2012 r. Jak już wskazano, zgodnie z §12 umowy wszelkie zmiany w treści umowy wymagały dla swej ważności zgody obu stron wyrażonej w formie pisemnego aneksu. Pismo z 2 lipca 2012 roku nie może mieć takiego charakteru, gdyż powstało po odbiorze robót i po żądaniu zapłaty skierowanym do inwestora. Znamienne jest, że w piśmie z 6 czerwca 2012 roku pełnomocnik powoda nawiązywał do wcześniejszej korespondencji z pozwanym, w której powód zwracał się o uregulowanie należności z tytułu dostaw i wykonanych prac w ramach odpowiedzialności solidarnej z art. 647¹ §5 k.c. (pismo z 6 czerwca 2012 roku, k. 286). Pierwszy sygnał o braku płatności był 31 stycznia 2012 roku (pismo z 31 stycznia 2012 roku do pozwanego, k. 114). Zeznania świadków koncentrują się na czynnościach następujących po „dostawy urządzeń na plac budowy (dokonania Odbioru Technicznego po dostawie: sprawdzenie dokumentów dostawy, sprawdzenia zgodności dostaw z zamówieniem, wizualnej kontroli jakości)”, o tyle czynności przed dostawą są sporne. Jak już Sąd Apelacyjny zaznaczył, sam przedstawiciel powoda zakwalifikował je jako „byliśmy odpowiedzialni za dobór, dostawę”. Sąd pierwszej instancji nie wyjaśnił, na jakiej podstawie zakwalifikował zakres czynności wymienionych pismem z 2 lipca 2012 r. jako zobowiązanie powoda objęte umową z 15 lutego 2011 roku.

Trafne jest ustalenie, że 8 zasuw 1600 mm wyprodukowano specjalnie dla tej inwestycji. Przedwczesne jest jednak stwierdzenie, że ta produkcja miała znamiona produkcji jednorazowej ściśle zindywidualizowanego i specjalistycznego urządzenia. Sam pozwany stawiając zarzut błędnego ustalenia wskazuje, że zasuw zostały wyprodukowane na bazie zasuw typowych, a dwie z nich zostały dostosowane na potrzeby kontraktu.

Sąd pierwszej instancji przesłuchał świadków, którzy wypowiadali się na temat przedmiotu świadczenia powoda. Wszyscy świadkowie zeznali, że powód dostarczył zasuwę. Świadek J. K. (1) i M. J. użyli określenia, że powód był dostawcą armatury. Precyzyjniej wypowiedział się inżynier kontraktu J. K. (1), mianowicie (...) zakupiła, skompletowała zasuwę do wymagań technicznych kontraktu „wyprodukowane przez S. zgodnie z wnioskiem materiałowym”, „4 zasuwę odcinającą, 4 zasuwę sterującą o dużej średnicy 1600 mm wymagało przeprojektowania przez producenta, dotyczyło to budowy korpusu i materiałów, pozostałe był to towar z półki” (nagranie rozprawy z dnia 10 września 2015 roku czas 00:13:15, 01:05:40). Projektant A. Z. wyjaśnił, że z tego samego dostawcy zasuw skorzystałby inny oferent, nie znalazł innego dostawcy urządzeń na etapie projektu budowlanego, stąd był wpisywany S. lub równoważne, na polskim rynku w tym czasie nie znał innej firmy. Chodziło o potwierdzenie, czy taka zasuwę jest w ogóle do wykonania, „korzystałem ze współpracy przy rozwiązaniach nie katalogowych”, „nie mamy do czynienia z

zakupem rynkowym, trzeba było precyzyjnie dobrać” (nagranie rozprawy z dnia 25 marca 2015 roku czas 00:07:40, 00:27:47, 00:29:40). Jak zeznał świadek A. J. (1) „zasuw regulacyjne to produkcja indywidualna, jednostkowa, takich produkcji nikt nie robi na magazyn, ujęta w katalogu, ale jednostkowa” (nagranie rozprawy z dnia 10 września 2015 roku czas 00:57:30).

Problematyka podłączenia zasilania elektrycznego tymczasowego zasuw, pierwszego uruchomienia zasuw, ustawienie napędów elektrycznych, ustawienie położenia krańcowych i ustawienie wyłączników momentowych poruszana w apelacji była przedmiotem zeznań świadków.

Świadek S. M. na pytanie o rolę (...) przy pierwszym rozruchu wskazał, że przedstawiciel producenta zna urządzenie, jest przy pierwszym rozruchu (nagranie rozprawy z dnia 25 marca 2015 roku czas 01:25:00). Dla świadka A. J. (2) serwis (...) był na budowie, nigdy się z nim nie spotkał (nagranie rozprawy z dnia czas 00:48:48;01:05:00). Kierownik projektu A. M. (1) odwołał się do kontraktu, gdzie jest wymóg, aby autoryzowany serwis przyjechał, potwierdził, że wszystko jest poprawnie zamontowane, podłączone do instalacji elektrycznych i sterowania. Z takiego pobytu jest protokół (nagranie rozprawy z dnia czas 17:45:00). Przedstawiciel powoda zeznał, iż z SIWZ wynikało, że ich urządzenie zostanie wybrane przez wykonawców. Mają z S. umowę na wyłączne przedstawicielstwo. Przybliżył, że serwisem nazywa się „odpowiednie dokręcenie śrub na kołnierzu, ustawić, w zależności jak są dobrze dokręcone, odpowiednio ustawić siłownik, silnik elektryczny, tzn. wyłączniki momentowe działające w przypadkach awaryjnych, mieliśmy optyczne kable komunikujące się z tym urządzeniem, specjalistyczna praca, u producenta żadna z tych zasuw nie jest ustawiana” (nagranie rozprawy z dnia 22 października 2015 roku czas 00:56:30). Dokumenty w postaci notatki służbowej z dnia 19 marca 2012 roku i 13 kwietnia 2012 roku odwołują się do serwisu (...) i zakresu prac polegającego na kontroli montażu zasuw, sprawdzeniu napędów elektrycznych/nastaw napędów elektrycznych, pierwszego uruchomienia dostarczonej armatury bez celowego zasilania, regulacji napędów (k. 64-65). Podobnie protokoły ze spotkań posługują się określeniem „zasuw uruchomione i sprawdzone (...)” (przykładowo k. 67).

Sąd pierwszej instancji odwołał się do art. 65 k.c. przy ocenie charakteru zawartej umowy nazwanej umową dostawy.

Umowa dostawy w swej konstrukcji prawnej ma cechy umowy sprzedaży z elementami umowy o dzieło lub umowy kontraktacji i została uregulowana jako odrębny typ umowy nazwanej, do której w kwestiach nieuregulowanych do praw i obowiązków dostawcy oraz odbiorcy stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży (art. 612 k.c.). Kryterium odróżniającym zobowiązanie dostawy od sprzedaży z jednej strony, a od umowy o dzieło z drugiej jest (i) zobowiązanie do dostarczenia rzeczy przez siebie wytworzonych, (ii) dostawcą może być tylko producent, (iii) umowa dostawy musi dotyczyć rzeczy przyszłych, (iv) przedmiotem świadczenia w umowie dostawy mogą być tylko rzeczy oznaczone co do gatunku, (v) rzeczy mają być dostarczone częściami lub periodycznie.

Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie wynika, aby zawarta w dniu 15 lutego 2011 roku umowa była umową dostawy. Dostawcą może być tylko producent rzeczy przyszłych, ruchomych, oznaczonych co do gatunku, dostarczonych częściami lub periodycznie. Przedmiotem umowy była sprzedaż i dostarczenie zasuw za cenę obejmującą również ubezpieczenie i koszt transportu materiałów (§4 umowy). Powód nie zobowiązał się do wytworzenia w przyszłości i dostarczenia rzeczy przez siebie wytworzonych częściami lub periodycznie na rzecz odbiorcy. Dlatego, że powód nie jest producentem i nie zobowiązał się do wytworzenia rzeczy oznaczonych co do gatunku, a rzeczy były dostarczone jednorazowo, nie są spełnione kryteria umowy dostawy.

Charakter stosunku prawnego łączącego strony Sąd pierwszej instancji wywiódł z dodatkowych zadań realizowanych przez powoda na kontrakcie i zakwalifikował je jako przedmiot umowy z 15 lutego 2011 roku, a przez to samą umowę jako umowę o dzieło. Zdaniem Sądu Apelacyjnego mając na uwadze treść zawartej umowy oraz zeznania świadków i dokumenty w postaci notatek i protokołów spotkań, nie ma podstaw do zakwalifikowania stosunku prawnego jako umowa o dzieło.

Zgodnie z treścią art. 627 k.c., przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Umowa o dzieło, należąca do kategorii umów o świadczenie usług, kwalifikowana jest jako zobowiązanie rezultatu odróżniane od zobowiązań starannego działania.

Przyjmuje się, że rezultat, na którego osiągnięcie umawiają się strony, musi być z góry określony, powinien mieć byt samoistny, obiektywnie osiągalny i pewny. Konstrukcyjnym elementem tej umowy jest zobowiązanie do wykonania oznaczonego dzieła, więc starania przyjmującego zamówienie o dzieło mają doprowadzić w przyszłości do konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu. Dzieło określone, jako rezultat pracy fizycznej lub umysłowej, może mieć postać materialną lub niematerialną. Przedmiotem świadczenia przyjmującego zamówienie jest wykonanie dzieła, które może polegać na stworzeniu dzieła lub jego przetworzeniu do takiej postaci, w jakiej poprzednio nie istniało. Dzieło jest bowiem w każdym wypadku wytworem przyszłym, który ma powstać w ściśle określonej przyszłości.

Powód nie przyjął na siebie osiągnięcia ustalonego rezultatu w postaci wytworzenia zasuw. Jeżeli powód jako przedstawiciel firmy (...) uczestniczył w doborze danych dla urządzenia technicznego, to jeszcze za mało aby uznać, że zobowiązał się wyprodukować ściśle zindywidualizowane urządzenia. Po drugie, fakt wyprodukowania 8 zasuw odbiegających od katalogowych wymagał udowodnienia, że taka produkcja wyłącznie na potrzeby spornego kontraktu miała miejsce. Zeznania świadków nie są zgodne w zakresie, czy doszło do indywidualizacji zamówienia. Tylko wytworzenie i dostarczenie ściśle określonego urządzenia technicznego odpowiadającego zindywidualizowanym kryteriom technicznym i użytkowym kwalifikowałoby umowę jako umowę o dzieło (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2016 roku II CSK 674/15). Jedynie jeżeli rolą dostawcy jest dostawa jako część zadania składająca się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane jest on podwykonawcą. Wówczas rezultat świadczenia powoda z umowy o dzieło jako podwykonawcy w postaci wyprodukowania i dostarczenia wysoce zindywidualizowanego i specjalistycznego urządzenia na jednoznaczne żądanie pozwanego inwestora oraz wbudowanie zasuw w obiekt stanowiący przedmiot umowy o roboty budowlane prowadziłby do solidarnej odpowiedzialności inwestora z art. 647 k.c. (tak wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2008 r. I CSK 106/08, z dnia 21 lipca 2016 r., II CSK 674/15).

Przedmiotem umowy nie jest montaż urządzeń i nigdy nie zawarto aneksu rozszerzającego zakres zobowiązania powoda. O ile część zadań powoda określa umowa z 15 lutego 2011 roku, to część zadań związana z procesem budowlanym, czyli te wymienione w piśmie z 2 lipca 2012 roku i dowodzone zeznaniami świadków nie są potwierdzone umową. Dla przyjęcia odpowiedzialności inwestora za zakres zadań z pisma z 2 lipca 2012 roku nie został spełniony warunek formy. Przewidziana w art. 647¹ § 4 k.c. nieważność zawartych bez zachowania formy pisemnej umów o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą generalnym a poszczególnymi podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcami a dalszymi podwykonawcami oznacza wyłączenie solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz podmiotu zawierającego umowę z podwykonawcą za wypłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Zgodnie z zasadą swobody umów podwykonawca i wykonawca mogą dowolnie ułożyć swój stosunek i nadać mu dowolną formę z tym jedynie zastrzeżeniem, że gdy podwykonawcy będzie zależało na odpowiedzialności gwarancyjnej inwestora, wówczas jedyną formą dla umowy jest forma pisemna pod rygorem nieważności. Chodzi o to, aby inwestor miał możliwość zapoznania się z postanowieniami umowy. Konsekwentnie, tylko jeżeli podwykonawca chce mieć gwarancję inwestora wówczas dla odpowiedzialności inwestora pierwszoplanowa jest sprawa forma umowy. Jeżeli zaś podwykonawca nie dąży do solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, wtedy umowa z wykonawcą może być zawarta w dowolnej formie, pisemnej lub ustnej, w przypadku tej ostatniej z konsekwencjami dowodowymi.

Wyprodukowanie zasuw na potrzeby budowy stanowi zdaniem Sądu Apelacyjnego sprzedaż rzeczy przyszłej (*emptio rei speratae*). Dla odróżnienia, gdy chodzi o rzecz, która ma powstać, czy jest to umowa o dzieło, czy *emptio rei speratae* należy wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności, przede wszystkim wolę stron, indywidualne cechy rzeczy. To co odróżnia umowę o dzieło od umowy sprzedaży rzeczy przyszłej wynika na ogół z celu, do osiągnięcia którego dążą strony. W umowie o dzieło chodzi bowiem nie o sprowadzenie istoty stosunku do samego przeniesienia prawa majątkowego do przedmiotu świadczenia, które powstanie w zamian za zapłatę ceny, lecz do wytworzenia dzieła jako wyniku zindywidualizowanego wysiłku przyjmującego zamówienie i wydania go z przeniesieniem stosownych praw na zamawiającego. Przy umowie sprzedaży rzeczy przyszłej przez taką rzecz (*emptio rei speratae*) rozumie się przedmiot umowy nie istniejący w chwili jej zawierania, zamawiany według opisu, katalogu, żurnala, ale zawsze możliwy do

wykonania. Sprzedaż rzeczy przyszłej stanowi umowę pod warunkiem zawieszającym, którym jest powstanie rzeczy. Wolę stron ocenia się z chwili złożenia oświadczeń woli. W dacie zawierania kontraktu była ona jednoznaczna (i) dostawca sprzedaje a kupujący kupuje, (ii) przedmiotem umowy jest dostawa loco budowa. Umowa nie zawiera żadnych specjalnych wskazówek co do urządzeń, nie ma indywidualizacji zamówienia, a korespondencja mailowa z 4 kwietnia 2011 roku odwołuje się do różnych typów zasuw (...), w tym (...)R. Z. (...) zostały dostarczone na budowę 26 września 2011 roku (k. 41).

Powód dochodząc zapłaty od inwestora w ramach solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą opartej na art. 647¹ §5 k.c. jako źródło swego świadczenia wskazuje umowę z dnia 15 lutego 2011 roku i wysokość kwoty określoną w umowie i wystawionych fakturach. Brak możliwości zasądzenia wynagrodzenia na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. nie sprzeciwia się możliwości uwzględnienia powództwa na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, ale tylko wówczas, jeżeli o wartość tych robót strona pozwana została bezspornie wzbogacona (wyrok SN z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10).

Bez uprzedniego ustalenia okoliczności, czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego inwestora Sąd Apelacyjny nie może ocenić wartości wzbogacenia pozwanego.

Powód musi wskazać okoliczności świadczące o wzbogaceniu pozwanego kosztem jego majątku oraz wartości ewentualnego wzbogacenia pozwanego.

Wyliczenie wzbogacenia jest zagadnieniem wymagającym wiadomości specjalnych i Sąd winien w zależności od wyniku dalszego postępowania dopuścić dowód z opinii biegłego. Wartość świadczenia powoda winna być oceniona według cen rynkowych obowiązujących na chwilę powstania wzbogacenia.

Sąd pierwszej instancji rozważy, że powód i pozwany byli związani umowami (nie ze sobą) i dlatego istotą zubożenia i wzbogacenia będzie ustalenie, czy pozwany wzbogacił się kosztem powoda. Pomocna w tej materii może być wypowiedź Sądu Najwyższego, że w układzie wielopodmiotowym w istocie chodzi o ustalenie, kto rzeczywiście świadczył i czy istnieje podstawa do zatrzymania świadczenia przez wzbogaconego, a nie jak realizowany był transfer korzyści. Jeżeli świadczący dokonał świadczenia we własnym imieniu ale na cudzy rachunek (zastępca pośredni), sytuacja kształtuje się inaczej, jak wówczas gdy dokonał tego w imieniu cudzym na własny rachunek. W wypadku, gdy świadomością wzbogaconego objęta była osoba świadczącego i brak przyczyny prawnej świadczenia dokonywanego przez nią na jego rzecz (a nie osoby trzeciej) przeniesienie majątkowe nie może być uznane za usprawiedliwione (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2017 r. V CSK 629/16). Chodzi bowiem o to, że problematyczna jest materia bezpośrednio przeniesienia. Przyjmuje się, że przesunięcie majątkowe między wzbogaconym a zubożonym powinno nastąpić bezpośrednio, a więc nie może nastąpić drogą przez majątek osoby trzeciej lub za pomocą samoistnej czynności prawnej zawartej z osobą trzecią. Jedna i ta sama okoliczność musi spowodować po jednej stronie wzbogacenie a innej zubożenie i nie może być innej przyczyny wzbogacenia a innej zubożenia. (por. A. Ohanowicz (w:) System prawa cywilnego. Tom III, cz. 1, Prawo zobowiązań-część ogólna red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 485; K. Pietrzykowski, (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 867).

Powód podał trzecią kwalifikację prawną dochodzonego roszczenia, której rozważenia może wymagać przebieg postępowania. Sąd pierwszej instancji winien umożliwić stronom wypowiedzenia się i do niej. Żadna ze stron nie powinna być zaskakiwana wynikiem procesu, ponieważ sprawiedliwość proceduralna jest elementem prawa do rzetelnego procesu (w tym możliwości bycia wysłuchanym), a to z kolei jest istotą konstytucyjnego prawa do sądu (wyrok SN z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 368/14, OSP 2016/5/45).

Ugruntowane stanowisko co do nierozpoznania istoty sprawy wskazuje, że dochodzi do tego wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie lub uniemożliwiająca badania podniesionego zarzutu.

Nierozpoznanie istoty sprawy, zgodnie z art. 386 §4 k.p.c., jest jedną z przyczyn, umożliwiających wydanie przez sąd drugiej instancji wyroku kasatoryjnego. Mimo, że przepis ten nie przewiduje obowiązku uchylenia zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji w przypadku stwierdzenia nierozpoznania istoty sprawy, to jednak niewydanie takiego rodzaju orzeczenia może nastąpić wyjątkowo, np. wówczas gdy nie ulega zmianie stan faktyczny sprawy ustalony przez sąd pierwszej instancji, a chodzi tylko o ocenę prawną dotyczącą zastosowania prawa materialnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2007 r., I PK 140/07). Wydanie wyroku kasatoryjnego uzasadnione będzie natomiast wówczas, gdy w następstwie pominięcia rozpoznania określonego zarzutu zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w celu ustalenia podstawy faktycznej pozwalającej na ocenę zasadności bezpodstawnie pominiętej przez sąd pierwszej instancji zarzutu według właściwych przepisów prawa materialnego.

Uchylając wyrok Sądu Apelacyjnego kierował się następującymi względami (i) powód podał trzy alternatywne podstawy prawne dochodzonego roszczenia, (ii) sąd pierwszej instancji prowadził postępowanie dowodowe skoncentrowane na pierwszej podstawie prawnej, (iii) sąd pierwszej instancji dokonał oceny prawnej dochodzonego roszczenia uwzględniając pierwszą podstawę prawną i rezygnując z analizy alternatywnych podstaw prawnych roszczenia, (iv) ocena prawna sądu pierwszej instancji nie zyskała aprobaty Sądu Apelacyjnego. Sąd Apelacyjny przyjmując odmienną ocenę prawną od przyjętej przez Sąd pierwszej instancji musiałby prowadzić postępowanie dowodowe w całości co do dwóch pozostałych podstaw prawnych roszczenia i orzekać o roszczeniu opartym na alternatywnych podstawach prawnych po raz pierwszy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego uzasadnione jest uchylenie wyroku, bowiem w przyjętym modelu apelacji pełnej, postępowanie przed sądem drugiej instancji stanowi kontynuację postępowania pierwszoinstancyjnego. Tymczasem w niniejszej sprawie sąd drugiej instancji nie kontynuowałby postępowania, tylko prowadził postępowanie po raz pierwszy. Sąd pierwszej instancji prowadził postępowanie na okoliczności nieistotne w sprawie, mianowicie co do odpowiedzialności solidarnej inwestora (art. 647¹ k.c.), gdy nie została zachowana forma pisemna pod rygorem nieważności niezbędna dla solidarnej odpowiedzialności, a umowa pisemna nie była umową o roboty budowlane ani umową o dzieło. W sprawie zachodzi potrzeba poczynienia po raz pierwszy niezbędnych ustaleń faktycznych i skorzystanie w takim wypadku z możliwości uzupełnienia postępowania dowodowego przez sąd drugiej instancji godziłoby w zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego, zagwarantowaną w art. 176 Konstytucji.

W tym stanie rzeczy naruszenie przepisów prawa materialnego uzasadnia podstawę określoną art. 386 § 4 k.p.c. i wydanie orzeczenia kasatoryjnego. O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 2 k.p.c.