

Sygn. akt V ACa 115/16

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 4 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jacek Grela
Sędziowie:	SA Dorota Gierczak del. SO Teresa Karczyńska - Szumilas (spr.)
Protokolant:	stażysta Ewelina Gruba

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2016 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko Gminie Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI GC 181/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 11.150 zł (sł. jedenaście tysięcy sto pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów za postępowanie apelacyjne.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn.akt V ACa 115/16

## UZASADNIENIE

Powód (...) Serwis sp. z o.o. w G. domagał się zasądzenia od pozwanej Gminie Ł. kwoty 1. 648 129,58 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że pozwana w trybie zamówienia publicznego zawarła umowę z S. sp. o.o. w T., przedmiotem której była dostawa, montaż oraz uruchomienie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw i użytkowników budynków

użyteczności publicznej, zaś (...) spółka z o.o. w T. zleciła powodowi jako podwykonawcy wykonanie części prac objętych tą umową. Przedmiotem umowy jako zawarł powód, o której wiedzę posiadał pozwana, była dostawa, montaż oraz uruchomienie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw i użytkowników budynków użyteczności publicznej. Powód wykonał wszelkie prace zgodnie z zawartą umową o podwykonawstwo, sporządzono protokół wewnętrzny odbioru końcowego prac. Powód wystawił (...) sp. z o.o. fakturę VAT nr (...) na kwotę 2.459.360,55 zł, z której do zapłaty po częściowej korekcie i częściowej zapłacie, pozostała kwota 1.229.223,88 zł. (...) sp. z o.o. w T. zobowiązana była do zwrotu kwoty w wysokości 418.905,70 zł wpłaconej przez powódkę tytułem 70 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskazując, iż umowa pomiędzy (...) spółką z o.o. w T. pozwaną była umową o roboty budowlane powód oparł roszczenie o art. 647<sup>1</sup> k.c. Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu. Pozwana podniosła, że umowa zawarta pomiędzy pozwanym a (...) sp. z o.o. w T., jak i umowa zawarta pomiędzy (...) sp. z o.o. w T. a powodem są klasycznymi umowami o dzieło, z pewnymi elementami sprzedaży i dostawy, zatem do roszczenia powoda nie ma zastosowania art. 647<sup>1</sup> k.c. Pozwany podniósł również zarzut przedawnienia roszczenia, wskazał, że powód wykonał swoje zobowiązanie w sposób nienależyty, a nadto podkreślił, że żądanie zwrotu kaucji uiszczonej przez powoda pozostaje poza zakresem art. 647<sup>1</sup> k.c. Wyrokiem z 26 listopada 2015r. Sąd Okręgowy w T. oddalił powództwo oraz obciążył powoda kosztami postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 24 lipca 2012r. została zawarta umowa nr (...) pomiędzy pozwaną a S. sp. o.o. w T., której celem była dostawa wraz z montażem oraz uruchomieniem indywidualnych zestawów instalacji solarnych dla mieszkańców gospodarstw domowych i użytkowników budynków administrowanych przez Gminę Ł. w ramach zadania pn.: „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w gminie Ł.”. Zgodnie z § 1 ust. 2 umowy przedmiotem zamówienia była dostawa, montaż oraz uruchomienie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw i użytkowników budynków użyteczności publicznej administrowanych przez gminę Ł. w zakresie umożliwiającym ich prawidłowe i zgodne z przepisami użytkowanie, w zakresie i na zasadach wynikających z (...), oferty wykonawcy oraz umowy. W § 5 ust. 2.9 przedmiotowej umowy uzgodniono koordynację prac realizowanych przez podwykonawców. Ustalono, że wykonawca może zlecić wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom pod warunkiem, że posiadają oni kwalifikacje do ich wykonania. Ryczałtową wartość wykonania całego przedmiotu umowy ustalono na kwotę brutto 5.984.367,22 zł; ustalono też termin jego realizacji, który następnie zmieniono aneksem nr (...) z dnia 24 lipca 2012 r. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika także, że w dniu 27 lipca 2012 r. została zawarta umowa nr (...) pomiędzy (...) sp. z o. o. w T. a powodem. Na mocy tej umowy (...) sp. z o.o. w T. zleciła powodowi, jako podwykonawcy, wykonanie części prac objętych umową nr (...) z dnia 24 lipca 2012 r. w zakresie dostawy wraz z montażem oraz uruchomieniem indywidualnych zestawów instalacji solarnych dla mieszkańców gospodarstw domowych i użytkowników budynków administracyjnych przez Gminę Ł. w ramach zadania pn.: „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w gminie Ł.”. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy przedmiotem kontraktu była dostawa, montaż oraz uruchomienie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw i użytkowników budynków użyteczności publicznej administrowanych przez Gminę Ł. w zakresie umożliwiającym ich prawidłowe i zgodne z przepisami użytkowanie, mając na uwadze wszystkie zapisy przekazanych dokumentów, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiących załącznik nr 1 do umowy, specyfikacji zamawianego sprzętu stanowiącej załącznik nr 2 do tej umowy. Ryczałtową wartość wykonania całego przedmiotu umowy ustalono na kwotę brutto: 5.984.367,22 zł; ustalono też termin jego realizacji, który następnie zmieniono aneksem nr (...) z dnia 29 kwietnia 2013 r.

W zakresie realizacji powyższej inwestycji nie był przygotowany projekt budowlany, nie była wydana decyzja o pozwoleniu na budowę, ani nie zgłoszono wykonywania prac nadzorowi budowlanemu, bowiem prawo budowlane nie stawia takich wymogów w przypadku montowanych przez powoda instalacji. Nie było też przejęcia placu pod budowę, nie był prowadzony dziennik budowy ani ustanowiony kierownik budowy, nie było też osób, które formalnie miały status inspektora nadzoru inwestorskiego.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r. (...) sp. z o.o. w T. zwróciła się do pozwanej o wyrażenie zgody na uczestnictwo powoda w wykonaniu umowy nr (...) z dnia 27 lipca 2012 r. Pozwana z kolei pismem z dnia 16 sierpnia 2012 r.

zażądała brakujących załączników do umowy z podwykonawcą oraz potwierdzenia kwalifikacji posiadanych przez proponowanego podwykonawcę; żądane załączniki do umowy zostały pozwanej przekazane, (...) sp. z o.o. w T. zwróciła się mailowo do powoda z prośbą o przekazanie niezbędnych dokumentów dotyczących kwalifikacji podwykonawcy.

W dniu 15 stycznia 2013 r. spisano protokół częściowego odbioru robót i przekazania do eksploatacji 150 zamontowanych oraz uruchomionych zestawów instalacji solarnych. W dniu 3 czerwca 2013 r. spisano protokół częściowego odbioru robót i przekazania do eksploatacji 305 zamontowanych oraz uruchomionych zestawów instalacji solarnych. W okresie od dnia 25 maja 2013 r. do dnia 23 lipca 2013 r. wykonano czynności odbioru końcowego inwestycji z umowy nr (...). W dniu 23 lipca 2013 r. sporządzono protokół wewnętrzny odbioru końcowego inwestycji z umowy nr (...). W dniu 14 czerwca 2013 r. powód wystawił (...) sp. z o.o. w T. fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 2.459.360,55 zł tytułem wykonania instalacji; poód nie otrzymał wynagrodzenia.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o okoliczności bezsporne i dowody z dokumentów prywatnych zaoferowane przez strony. Sąd Okręgowy na podstawie art. 227 k.p.c. oddalił wnioski dowodowe stron o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków i przesłuchania stron, bowiem dowody te nie miały znaczenia przy przyjętej podstawie rozstrzygnięcia.

Wskazał Sąd Okręgowy, że powód jako podwykonawca dochodził roszczeń na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., wobec czego na wstępie należało ocenić charakter prawny umowy nr (...) zawartej w dniu 24 lipca 2012 r. pomiędzy (...) sp. z o.o. w T. a Gminą Ł.. Umowa ta, zawrta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), w ocenie Sądu Okręgowego nie miała charakteru umowy o roboty

budowlane, bo nie posiada ona cech wyróżniających ten typ umowy. Wskazał Sąd Okręgowy, że o zakwalifikowaniu umowy jako umowy o roboty budowlane decydują cechy przedmiotowe umowy. Jeżeli zatem jej przedmiotem jest przedsięwzięcie o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, w umowie nadto przewidziano wymóg projektowania i zindywidualizowany nadzór, to umowę należy kwalifikować jako umowę o roboty budowlane. Wskazuje się też, iż zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań prawa budowlanego; o ile przedmiotem umowy o dzieło jest jego wykonanie (art. 627 k.c.), to w art. 647 k.c. nie chodzi o samo tylko wykonanie obiektu, lecz także o sposób jego wykonania - zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Pozwany nie posiadał opracowanego projektu budowlanego, nie występował o pozwolenie na budowę bowiem nie był do tego zobligowany i nie dokonał zgłoszenia prac jako prac budowlanych. Nie było również przejęcia obiektu przez (...) sp. z o.o. w T. czy przez (...) Serwis sp. z o.o. w G., a realizacja umowy polegała na dostawie i montażu instalacji solarnych na domach (...) oraz na budynkach administrowanych przez Gminę (około 600 lokalizacji), tak więc nie można w ogóle mówić o obiekcie i jego oddaniu, jak to wskazuje przepis art. 647 k.c. W trakcie wykonywanych prac nie był prowadzony dziennik budowy, nie był też powołany kierownik budowy.

Podkreślił Sąd Okręgowy, że jak oświadczył to pełnomocnik powoda na rozprawie, najistotniejszym elementem wynagrodzenia wynikającego z umowy pomiędzy powodem a (...) sp. z o.o. był koszt wykonanych przez powoda urządzeń, który przewyższa wartość robót. W ocenie Sądu Okręgowego obie umowy należało potraktować jako umowy o dzieło z elementem umowy dostawy w zakresie zestawów solarnych (art. 627 k.c.).

Jako dodatkowy argument przemawiający za taką kwalifikacją umów Sąd Okręgowy wskazał fakt, że przed Sądem Okręgowym w T. prowadzona była sprawa z powództwa (...) sp. z o.o. w T. przeciwko Gminie Ł. o zapłatę, gdzie jako podstawę roszczenia powód wskazał umowę nr (...) z dnia 24 lipca 2014 r. (sygn. akt VI GC (...)). W sprawie tej Sąd Okręgowy ocenił umowę nr (...) z dnia 24 lipca 2012r. jako umowę o dzieło z elementami umowy dostawy. Wyrok Sądu Okręgowego w T. w tej sprawie został zmieniony wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 3 marca 2015 r., sygn. akt V ACA (...), jednak Sąd Apelacyjny nie zakwestionował dokonanej

przez Sąd Okręgowy kwalifikacji prawnej umowy. Wskazał Sąd Okręgowy także, że elementem żądania powoda był również zwrot kaucji gwarancyjnej, zaś szczególna podstawa odpowiedzialności inwestora uregulowana art. 647<sup>1</sup> k.c. odnosi się wyłącznie do wynagrodzenia podwykonawcy i nie ma zastosowania do instytucji kaucji gwarancyjnej. Wobec powyższych okoliczności Sąd Okręgowy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. a contrario powództwo oddalił jako bezzasadne oraz obciążył powódkę kosztami procesu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za jego wynik.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w T. wywiódł powód (...) Serwis sp. z o.o. w G. zaskarżając wyrok w całości oraz zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym pomiędzy stronami sporu nie doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane,

b) art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym pozwany nie odpowiada jako inwestor solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powoda jako podwykonawcę,

c) art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. poprzez uznanie, że inwestor nie odpowiada solidarnie z wykonawcą za zwrot uiszczonych przez podwykonawcę świadczeń pieniężnych tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez podwykonawcę,

d) art. 627 k.c. poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym pomiędzy stronami sporu doszło do zawarcia umowy o dzieło,

e) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie oraz brak zbadania jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy,

f) art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez uznanie, że niewykonanie przez inwestora ustawowych obowiązków, polegających m.in. na zapewnieniu opracowaniu projektu budowlanego i objęcia kierownictwa budowy przez kierownika budowy, świadczy o tym, że nie doszło do zawarcia przez strony umowy o roboty budowlane,

g) art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez uznanie, że okoliczność nieustanowienia przez inwestora inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie świadczy o tym, że nie doszło do

zawarcia umowy o roboty budowlane;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a) art. 227 w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wszystkich wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda o przeprowadzenie dowodów z zeznań wskazanych przez powoda świadków oraz dowodu z przesłuchania stron,

b) art. 328 § 2 w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez :

•brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz dokonanie całkowicie dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego, niezgodnej z zasadami doświadczenia życiowego oraz naruszającej zasady logicznego rozumowania, w tym w szczególności całkowite pominięcie postanowień zawartych umów oraz wymienianej pomiędzy stronami korespondencji, z których wynika bezsprzeczny obowiązek stron stosowania przepisów ustawy Prawo budowlane, powoływania się przez strony wprost na przepisy kodeksu cywilnego regulujące umowę o roboty budowlane, świadczących o tym, że strony zawarły umowę o roboty budowlane, jak też że taki był zgodny zamiar stron,

- brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku uzasadnionych przyczyn, dla których Sąd Okręgowy oddalił wszystkie wnioski zgłoszone przez powoda o przeprowadzenie dowodów z zeznań wskazanych przez powoda świadków oraz dowodu z przesłuchania stron.

Skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości, zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu przed Sądem I instancji, zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz pozostawienia temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

W uzasadnieniu apelacji skarżący podniósł, iż przedmiot zamówienia obejmował zgodnie z treścią pkt II „ Przedmiot zamówienia” w załączniku nr 1 do (...) opracowanie dokumentacji w formie projektu ( ...), uzyskanie (o ile będą wymagane przepisami) uzgodnień, pozwoleń, zgłoszeń, itp.(...), wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych w oparciu o Specyfikację Zamówionego (...).

Okoliczności, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie była wydana decyzja o pozwoleniu na budowę ani nie zgłoszono wykonywania prac nadzorowi budowlanemu, nie przesądza jeszcze o tym, że nie znajdują zastosowania przepisy Prawa budowlanego oraz że zawarta przez strony umowa nie może być umową o podwykonawstwo robót budowlanych, albowiem ustawa Prawo budowlane jako akt powszechnie obowiązujący znajduje zastosowanie do wszystkich inwestycji budowlanych – nawet tych niewymagających uzyskania pozwolenia na budowę. Zdaniem skarżącego ocena prawna umowy o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do wniosku, że jest to umowa najbardziej zbliżona do umowy o roboty budowlane, z elementami umowy o dzieło w zakresie w jakim obejmuje ona projektowanie; niewątpliwie zatem w tej sferze zastosowanie znajdują przepisy Prawa budowlanego.

Podkreślił nadto skarżący, że postanowienia (...) oraz załączników do niej powinny być traktowane jako nierozdzielny element stosunku prawnego między stronami, zaś w rozdziale IX pkt. 5 ppkt. 3 tiret pierwszy Załącznika nr 1 do (...) wyraźnie wskazano, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w oparciu między innymi o Prawo budowlane. W rozdziale X Załącznika nr 1 do (...) natomiast: Przepisy prawne związane z projektowaniem i wykonaniem na pierwszym miejscu wskazano Prawo budowlane, a dalej także m.in.: Ustawę z 16 kwietnia 2004r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2004r.Nr92,poz.881), Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn. 3 lipca 2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2003r. nr 120, poz.1133 z późn. zmianami), Rozporządzenie Ministra Infrastruktury 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.z 2004r.nr202,poz.2072 z późn. zmianami), Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn. 6 lutego 2003r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych (Dz. U. z 2003r. Nr47, poz. 401). Postanowienie § 5 ust. 1 pkt 1.2. umowy nr (...) jako jeden z obowiązków zamawiającego określa zapewnienie bieżącego nadzoru inwestorskiego, obejmującego wszystkie branże umowy. Dalej w § 3 ust. 2 zawarto wymóg, by faktury częściowe wystawiane były po wykonaniu i odebraniu przez inspektora nadzoru i przedstawiciela Zamawiającego danego etapu robót, wyszczególnionego w harmonogramie rzeczowo – terminowo - finansowym zatwierdzonym przez zamawiającego. Również Załącznik nr 1 do (...) stanowi, że (...) zamawiający przewiduje ustanowienie (...) inspektora nadzoru inwestorskiego.

Mając na względzie powyższe, w ocenie skarżącego, należy uznać, że

realizacja umów winna następować z szczególnym uwzględnieniem przepisów Prawa budowlanego. W ocenie skarżącego z treści pisma z dnia 21.08.2012 r. kierowanego przez inwestora do wykonawcy, dotyczącego wykazu co najmniej trzech osób (kadram inżyniersko- techniczną) posiadających uprawnienia budowlane wymagane do kierowania robotami bezspornie wynika, że zamawiający zobowiązany był w toku realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego ustanowić inspektora lub inspektorów nadzoru inwestorskiego, którzy będą posiadać stosowne uprawnienia budowlane, i to w branżach zdefiniowanych przedmiotem umowy. Ustanowienia przez inwestora inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie jest fakultatywne, strony jednak umówiły się, że takowy

inspektor zostanie ustanowiony. Okoliczność faktycznego nieustanowienia przez inwestora inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie nie świadczy jednak o tym, że do realizacji umowy nie znajdują zastosowania przepisy Prawa budowlanego. Wskazał także skarżący, że warunkiem przemawiającym za kwalifikacją umowy jako umowy o podwykonawstwo robót budowlanych jest stwierdzenie, że dane roboty powinien zgodnie z umową o generalne wykonawstwo wykonać generalny wykonawca, który jednak za zgodą inwestora podzleca część robót podwykonawcy. Zapis § 5 ust. 2 pkt 2.9. umowy nr (...) wprost stanowi, że zasady podzlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom określa kodeks cywilny, a wykonawca ma obowiązek przestrzegania zasad określonych w art. 647<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Jednocześnie z treści pisma z dn. 16.08.2012 r. kierowanego przez inwestora do wykonawcy wynika, że zasady podzlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom określa kodeks cywilny, a wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania zasad określonych w art. 647(1) kodeksu cywilnego.

Powołanie się przez strony w treści umowy na przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. w zakresie dotyczącym podwykonawstwa nie powinno budzić zdziwienia, skoro według przepisu art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c. odmienne postanowienia umów w tym zakresie są nieważne. Powyższe w sposób jednoznaczny świadczy o tym, że strony miały intencję zawarcia umowy o roboty budowlane oraz świadomość zawierania umowy o takim charakterze.

Podkreślił skarżący, że na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 roku najpierw oddalone zostały wnioski o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron, a następnie dopiero postanowiono przeprowadzić dowód z dokumentów złożonych do akt sprawy, na podstawie których Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny sprawy, co pozwala domniemywać, że Sąd I instancji jeszcze przed dopuszczeniem i przeprowadzeniem jakichkolwiek

dowodów w niniejszej sprawie sugerował się rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego w T. w sprawie sygn. akt: VI GC(...).

Jednocześnie stwierdzenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że szczególna podstawa odpowiedzialności inwestora uregulowana art. 647<sup>1</sup> k.c. odnosi się wyłącznie do wynagrodzenia podwykonawcy i nie ma zastosowania do instytucji kaucji gwarancyjnej wskazuje na niekonsekwencję, skoro uprzednio Sąd Okręgowy stwierdził, że przepisy kodeksu cywilnego regulujące umowę o roboty budowlane nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. skarżący wskazał, że podane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przesłanki, którymi wydając rozstrzygnięcie kierował się Sąd I instancji, są lakoniczne i niewystarczające do przeprowadzenia kontroli instancyjnej.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja powoda nie jest zasadna. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w istocie zgodnie z § 17 umowy pomiędzy pozwaną a (...) sp. z o.o. w T. jej integralną część stanowi (...). Z załącznika nr 1 do (...) – Specyfikacji Zamówionego (...) wynika zaś, że przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie dokumentacji w formie **projektu** (jeśli będzie wymagany) lub schematu technologicznego instalacji, wymaganych przed przystąpieniem do zainstalowania poszczególnych zestawów solarnych, uzyskanie (o ile będzie wymagane przepisami) **uzgodnień, pozwoleń, zgłoszeń**, i.t.p., opracowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, wykonania robót budowlanych i instalacyjnych w oparciu o Specyfikację Zamówionego (...). Pełnomocnik pozwanego wskazał na rozprawie przed Sądem Okręgowym w T. w dniu 17 listopada 2015r., że nie był sporządzany projekt budowlany w zakresie przedmiotowych prac, zaś pełnomocnik powoda wyjaśnił, że każda instalacja została przez powoda przed wykonaniem zaprojektowana, jednakże nie twierdził, aby w odniesieniu do inwestycji sporządzany był projekt budowlany. Zgodnie też strony przyznały, iż przed przystąpieniem do wykonania prac, które były przedmiotem umowy nie występowało o pozwolenia na budowę, ani też nie zgłaszano zamiaru ich wykonania; wedle oświadczenia pełnomocnika powoda nie była wymagana żadna zgoda wskazana przez prawo budowlane.

Słusznie też skarżący wskazuje, że w punkcie VIII tego dokumentu określono, że zamawiający w celu zapewnienia współpracy z wykonawcą i

przeprowadzenia kontroli wykonywanych robót przewiduje ustanowienie osoby upoważnionej do kontaktów oraz inspektora nadzoru inwestorskiego, zaś zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1.2 samej umowy obowiązkiem zamawiającego było zapewnienie bieżącego **nadzoru inwestorskiego**, obejmującego wszystkie branże przedmiotu umowy. Wedle § 17 tej umowy integralną jej część stanowi (...), zgodnie z której pkt 5 ust.4 wykonawca musi dysponować co najmniej trzema osobami (kadrą inżyniersko – techniczną) posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalnościach konstrukcyjno – budowlanej i elektrycznej, przy czym osoby te muszą być członkami właściwej izby samorządu zawodowego, o ile przepisy odrębne nie stanowią inaczej; tak sformułowany wymóg został także powtórzony w piśmie pozwanej skierowany do (...) spółki z o.o. w T. z dnia 21 sierpnia 2012r. Pełnomocnik pozwanej na rozprawie w dniu 17 listopada 2015r. przed Sądem Okręgowym w T. wskazał, że nie została wyznaczona osoba inspektora nadzoru (podobnie jak kierownika budowy), a jedynie osoby, które nadzorowały wykonywanie prac pod względem technicznym. Wedle twierdzeń pełnomocnika powoda była osoba, która z ramienia pozwanej sprawowała nadzór inwestorski, przy czym wynika to z zapisów umowy. Dalsza analiza przedmiotowej umowy i załącznika nr 1 do (...) prowadzi do wniosku, iż w istocie zgodnie z § 5 ust.2 pkt 2.9 umowy pomiędzy pozwaną a (...) spółką z o.o. w T. wykonawca może zlecić wykonanie części przedmiotu zamówienia **podwykonawcom** pod warunkiem, że posiadają oni kwalifikacje do ich wykonania. Zasady podzlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom określa kodeks cywilny, zaś wykonawca ma obowiązek przestrzegania zasad określonych w art. 647<sup>1</sup> k.c. Rację ma także skarżący twierdząc, że punkt X załącznika nr 1 do (...) Specyfikacji zamówionego sprzętu określając w punkcie X **przepisy związane z projektowaniem i wykonaniem wskazuje m.in. na Prawo budowlane**, Ustawę o wyrobach budowlanych, Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, Rozporządzenie Ministra Infrastruktury 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego, Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych.

Słusznie też skarżący wskazuje, iż uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawiera analizy wskazanych zapisów, jakie znalazły się w dokumentach kształtujących treść stosunku umownego między pozwaną a (...) sp. z o.o. w

T., jednakże uchybienie to nie wpływa na prawidłowość zaskarżonego wyroku. Zaskarżone orzeczenie poprzez przyjęcie, iż ukształtowany pomiędzy wskazanymi stronami stosunek umowny nie może być uznany za umowę o roboty budowlane nie uchybia przepisom art. 65 § 2 k.c., ani też art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Prawo budowlane.

W odniesieniu bowiem do wymogu projektu budowlanego, który pozostaje nieodzownym elementem umowy o roboty budowlane już sam załącznik do (...) nr 1 - Specyfikacja Zamówionego (...) przewiduje możliwość zastąpienia go schematem technologicznym instalacji. Wykazane zostało, iż treść analizowanego stosunku umownego wskazywała na obowiązek nadzoru inwestycyjnego po stronie pozwanej, ale sporne jest czy pozwana taki nadzór prowadziła, przy czym powód, który tak wywodzi nie był w stanie wskazać osoby funkcję tą wykonującej i opierał swe twierdzenia na treści umowy, nakładającej taki obowiązek na pozwaną, co nie pozwala uznać tego faktu za udowodniony. Formułując zarzut dotyczący naruszenia art. 18 ust. 2 ustawy Prawo budowlane powód potwierdził również fakt, że nie doszło do objęcia kierownictwa budowy przez kierownika budowy.

Gdyby zatem przyjąć, że wolą stron było zawarcie umowy o roboty budowlane, sporządzenie projektu budowlanego w odniesieniu do inwestycji, powołanie kierownika budowy oraz prowadzenie nadzoru inwestycyjnego nad inwestycją w znaczeniu ustawy Prawo budowlane to należałoby stwierdzić, iż umowa zawarta pomiędzy stronami została wykonana w sposób zdecydowanie niewłaściwy. Wniosek taki sprzeciwia się jednak ocenie samych stron, skoro doszło do czynności odbiorowych i strony nie zarzucały wskazanych nieprawidłowości w wykonaniu umowy. Wskazać także należy, iż o kwalifikacji umowy jako umowy o roboty budowlane nie może przesądzać wskazanie w jej treści na możliwość podwykonawstwa, które nie pozostaje ograniczone jedynie do tej umowy nazwanej; w ramach swobody umów strony mogą zazwyczaj dowolnie ukształtować możliwość spełnienia świadczenia lub też jego części przez osoby trzecie; nie pozostaje też wykluczone ukształtowanie innej umowy niż umowa o roboty budowlane z odwołaniem się do konstrukcji art. 647<sup>1</sup> k.c. Co więcej w sytuacji gdy strony zawierają umowę o roboty budowlane wskazana

konstrukcja określa treść umowy z mocy samego prawa, zatem nie ma potrzeby jej przytaczania w umowie. Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998r. w sprawie II CKN 653/97 (publ. OSNC 1998/12/207), zgodnie

z którym zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań ustawy Prawo budowlane. Istota tej oceny nie sprowadza się przy tym do ustalenia, czy strony przy realizacji inwestycji faktycznie stosowały się do tych wymagań, tylko czy winny się stosować, nawet jeżeli wbrew ustawie tego zaniechały. Jednocześnie za Sądem Najwyższym, który pogląd ten wyraził w wyroku z dnia 18 maja 2007r. w sprawie I CSK 51/07 (publ. LEX nr 334975) wskazać należy, że skoro strona twierdzi, że umowa jest umową o roboty budowlane i wywodzi z tego faktu określone skutki prawne, to z mocy art. 6 k.c. powinna wykazać, że umowa zawiera cechy pozwalające na takie zakwalifikowanie; w razie niewykazania powyższego prawidłowe jest uznanie, że strony łączy umowa o dzieło. Pełnomocnik powoda wyjaśnił na rozprawie przed Sądem Okręgowym w T. w dniu 17 listopada 2015r., że każda instalacja została przez powoda wytworzona, dostarczona, zamontowana i zintegrowana z wewnętrznymi instalacjami, co potwierdził przed Sądem Apelacyjnym w Gdańsku pełnomocnik pozwanej; nie jest też pomiędzy sporne, że koszt urządzeń przewyższa zdecydowanie wartość robót, stanowiąc około 80 % wartości inwestycji.

Sąd Okręgowy uznając, w takim stanie faktycznym, że doszło do zawarcia pomiędzy pozwaną o (...) sp. z o.o. w T. umowy o dzieło nie naruszył przepisów art. 627 k.c., 647 k.c. oraz art. 65 § 2 k.c.

Oddalając wnioski dowodowe powoda o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków i przesłuchania stron Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż nie miały one znaczenia przy słusznie przyjętej podstawie rozstrzygnięcia, wykluczającej odpowiedzialność pozwanej z mocy art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., którego to przepisu zaskarżony wyrok również nie narusza.

Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie można też zasadnie wywodzić, iż Sąd Okręgowy kierował się wyłącznie rozstrzygnięciem jakie zapadło w sprawie VI GC 103/14, zwłaszcza przy oparciu tego twierdzenia tylko na kolejności w jakiej na rozprawie w dniu 17 listopada 2015r. zapadały postanowienia dowodowe.

Stwierdzenie przez Sąd Okręgowy, iż szczególna podstawa odpowiedzialności inwestora uregulowana w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie odnosi się do kaucji gwarancyjnej pozostaje uzasadnione o tyle, że powód na tej właśnie podstawie prawnej opierał powództwo. Wobec powyższych okoliczności apelacja podlegała z mocy art. 385 k.p.c. oddaleniu, zaś o kosztach postępowania za instancję odwoławczą Sąd Apelacyjny orzekł z mocy art. 98 § 1 i 3 oraz art. 108 §1 k.p.c. a także § 2 pkt 7 w zw. Z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w

sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. poz.1804).