



Sygn. akt II CSK 613/07

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Strus (przewodniczący)

SSN Mirosław Bączyk

SSN Barbara Myszka (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "M(...)" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlanemu "A(...)" Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 3 kwietnia 2008 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 20 czerwca 2007 r., sygn. akt I ACa (...),

oddala skargę kasacyjną i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy-Sąd Gospodarczy w K. – po ponownym rozpoznaniu sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „M(...)” spółki z o.o. w S. przeciwko

Przedsiębiorstwu Budowlanemu „A.(...)” spółce z o.o. w W. o zapłatę kwoty 305 712,05 zł z odsetkami – wyrokiem z dnia 25 stycznia 2007 r. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 99 669,11 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 15 346 zł od dnia 18 czerwca 2002 r., od kwoty 77 165 zł od dnia 9 lipca 2002 r. i od kwoty 7 158, 11 zł od dnia 19 września 2002 r. do dnia zapłaty, a dalej idące powództwo oddalił. Istotne elementy stanu faktycznego przyjętego za podstawę orzeczenia przedstawiały się następująco.

Powodowa spółka „M.(...)” jako podwykonawca pozwanej spółki „A.(...)” wykonała pale CFA pod market „K.(...)” oraz pod zbiornik zewnętrzny w C. Strony nawiązały rozmowy na początku 2002 r. z inicjatywy inwestora, który rekomendował powódkę jako specjalistę. Pozwana, bez prowadzenia postępowania ofertowego, przystąpiła do negocjacji z powódką, ale negocjacje te nie doprowadziły do zawarcia umowy na piśmie. Pozwana dostarczyła powódce dokumentację techniczną wraz z wyceną, w której zakładała wykonanie 5 835 mb pali CFA o średnicy 60 cm za wynagrodzeniem w kwocie 1 412 070 zł, czyli 242 zł/1mb, i 5 835 mb pali CFA o średnicy 50 cm za wynagrodzeniem w kwocie 1 283 700 zł, czyli 220 zł/1mb. W dniu 11 stycznia 2002 r. powódka złożyła pozwanej ofertę wykonania pali CFA o średnicy 50 cm w cenie 220 zł/1mb, a w dniu 11 lutego 2002 r. pali CFA o średnicy 60 cm w cenie 242 zł/1 mb, lecz oferty te nie zawierały określenia ilości pali ani wynagrodzenia za ich wykonanie. W dniu 11 marca 2002 r. pozwana przedstawiła powódce projekt umowy, której przedmiotem miało być wykonanie 5 136,5 mb pali CFA o średnicy 50 cm oraz 934 mb pali o średnicy 40 cm. Projekt ten różnił się od wcześniejszej wyceny co do ilości pali o średnicy 50 cm i nie było w nim mowy o wykonaniu pali o średnicy 60 cm, lecz o średnicy 40 cm bez podania ceny 1 mb. W dniu 19 marca 2002 r. pozwana przedstawiła powódce zlecenie nr (...), które z kolei różniło się zarówno od wyceny, jak i projektu z dnia 11 marca 2002 r. i dotyczyło wykonania pali pod halę i pod zbiorniki przeciwpożarowe marketu „K.(...)” według projektu wykonawczego T. G. Zlecenie nie zawierało szczegółowych danych co do ilości, rodzaju i ceny 1 mb pali, określono w nim jedynie wartość robót na kwotę 1 220 000 zł, pozostałe warunki miały być skonkretyzowane w umowie. W dniu 23 marca 2002 r. powódka przedłożyła pozwanej własny projekt umowy, w którym za zaoferowane przez nią wynagrodzenie w kwocie 1 220 000 zł zgodziła się wykonać 5 054 mb pali CFA o średnicy 50 cm oraz 934 mb pali o średnicy 40 cm. W dniu 26 marca 2002 r. pozwana przedstawiła powódce kolejny projekt umowy, w którym zakres robót – przy proponowanym wynagrodzeniu w kwocie 1 220 000 zł – określiła jako zadanie

polegające na wykonaniu pali CFA o średnicy 50 cm i o średnicy 40 cm według projektu wykonawczego T. G., z zastrzeżeniem że roboty nieujęte w dokumentacji, a konieczne do wykonania, które można przewidzieć po zapoznaniu się z dokumentacją techniczną, stanowią przedmiot umowy. W odpowiedzi powódka podniosła, że w zakres robót nie może wchodzić wykonanie pali przeznaczonych do próbnego obciążenia ani rozkucie głowic pali. Zakwestionowała też zastrzeżenie, że roboty nieujęte w dokumentacji, które można przewidzieć po jej analizie, będą objęte umownym zakresem robót. W dniu 28 marca 2002 r. pozwana przekazała powódce plac budowy i wezwała ją do wykonania robót określonych w dołączonym projekcie umowy, tożsamym z projektem z dnia 26 marca 2002 r. W dniu 29 marca 2002 r. powódka przystąpiła do wykonania pali.

Sąd Okręgowy uznał, że w ustalonym stanie faktycznym nie można przyjmować, by na podstawie zlecenia nr (...) doszło do zawarcia przez strony umowy o wykonanie pali pod halę i pod zbiornik za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1 220 000 zł. Tezę taką wywodziła wprawdzie pozwana z faktu doręczenia powódce projektu umowy z dnia 11 marca 2002 r., a następnie zlecenia nr (...) z dnia 19 marca 2002 r., trzeba jednak zauważyć, że powódka przyjęła wspomniane zlecenie z zastrzeżeniem uzupełnienia jego treści. Strony były zgodne jedynie co do ceny 1 mb pali, nie osiągnęły natomiast konsensusu co do zakresu zlecenia. Powódka godziła się wprawdzie na wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1 220 000 zł, ale miało ono stanowić należność za wykonanie pali tylko pod halę, podczas gdy w zleceniu określono przedmiot umowy jako wykonanie pali pod halę i pod zbiornik. Nie można też, zdaniem Sądu Okręgowego, podzielać poglądu pozwanej, że do zawarcia umowy w proponowanym przez nią kształcie doszło przez fakty dokonane tylko dlatego, że powódka przyjęła projekt umowy i zlecenie, po czym przystąpiła do wykonania robót. Przy istniejących między stronami rozbieżnościach co do zakresu robót nie można przyjmować, że przystąpienie do ich wykonania objęte było wolą zaaprobowania proponowanej przez pozwaną wersji umowy. W zamian za wynagrodzenie w kwocie 1 220 000 zł powódka godziła się wykonać 5 988 mb pali pod halę, a pozwana – 6 357 mb pali, nie można przy tym odwołać się do projektu wykonawczego T. G., gdyż dowodu tego żadna ze stron nie złożyła. W projekcie przesłanym powódce w dniu 18 czerwca 2002 r., a więc już po odbiorze robót, pozwana zaproponowała rozszerzenie ich zakresu o wykonanie pali pod zbiornik. Za wykonanie tych pali strony odrębnie uzgodniły wynagrodzenie w kwocie 65 000 zł i należność tę pozwana uregulowała. Istnienie rozbieżności co do przedmiotu

umowy znalazło odzwierciedlenie również w protokole odbioru technicznego nr 4, w którym potwierdzono „wykonanie pali CFA pod market K.(...)” o wartości 1 220 000 zł.

W pozwie powódka twierdziła, że nie otrzymała zapłaty za wykonanie dodatkowych – obok odebranych protokołem odbioru technicznego nr (...) – pali pod halę w ilości 28 mb o średnicy 50 cm w cenie 203 zł/1mb i 32 mb o średnicy 40 cm w cenie 189,71/1mb oraz za dokonaną zmianę średnicy pali z 40 na 50 cm w 62 mb pali. Pozwana nie kwestionowała wykonania przez powódkę pali nazwanych przez nią dodatkowymi, wobec czego wiążąca powinna być, zdaniem Sądu Okręgowego, ilość oraz wartość wynikająca z protokołu odbioru oraz faktury VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2002 r. wystawionej na kwotę 15 346 zł. Za zasadne uznał zatem Sąd Okręgowy żądanie kwoty 15 346 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe, a w konsekwencji także kwoty 7 158,11 zł, stanowiącej odsetki za opóźnienie w zapłacie tego wynagrodzenia (art. 630 k.c.).

Gdy chodzi o kwotę 206 042,93 zł, objętą fakturą VAT nr (...) z dnia 23 lipca 2002 r., stanowiącą według twierdzeń powódki równowartość ponadnormatywnego zużycia betonu, Sąd Okręgowy zauważył, że powódka nie wskazała podstawy prawnej żądania, którą nie może być przepis art. 630 k.c., ponieważ nie chodzi tu o roboty dodatkowe. Podstawę tę mógłby, zdaniem Sądu Okręgowego, stanowić art. 471 k.c., gdyż powódka twierdzi, że przy wykonaniu zobowiązania poniosła szkodę i domaga się jej naprawienia. Zebrany materiał dowodowy zezwala wprawdzie na przyjęcie, że w trakcie wykonywania pali doszło do ponadnormatywnego zużycia betonu, ale powódka nie wykazała związku przyczynowego między działaniem bądź zaniechaniem pozwanej a powstałą szkodą. Z tej przyczyny Sąd Okręgowy powództwo o zapłatę kwoty 206 042,93 zł oddalił.

Za zasadne Sąd Okręgowy uznał natomiast żądanie zwrotu kwoty 77 165 zł, objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2002 r., którą to kwotę pozwana potrąciła tytułem kaucji gwarancyjnej, strony nie zawarły bowiem umowy o treści uzgodnionej na podstawie składanych projektów, upoważniającej pozwaną do żądania takiej kaucji.

W konsekwencji, Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powódki kwotę 99 669,11 zł (tj. 15 346 zł + 7 158,11 zł + 77 165 zł) wraz z odsetkami. W związku z podnoszoną przez pozwaną kwestią kosztów wywozu gruzu Sąd Okręgowy zauważył, że pozwana: po pierwsze, nie podniosła zarzutu potrącenia w rozumieniu art. 498 k.c., po drugie, nie wykazała, by powódka przyjęła na siebie zobowiązanie wywiezienia gruzu na własny koszt. Za bezzasadny uznał podniesiony przez pozwaną zarzut potrącenia kwoty 345

000 zł z tytułu kary umownej, gdyż pozwana nie wykazała, by strony umówiły się w kwestii kar umownych.

Od wyroku Sądu Okręgowego wniosły apelacje obie strony. Powódka zaskarżyła go w części oddalającej powództwo odnośnie do kwoty 170 505,03 zł z odsetkami, natomiast pozwana w części uwzględniającej powództwo ponad uznaną przez nią w toku procesu kwotę 77 165 zł, czyli co do kwoty 22 504,11 zł z odsetkami (tj. 15 346 zł + 7 158,11 zł).

Po rozpoznaniu sprawy na skutek złożonych apelacji, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 20 czerwca 2007 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził dodatkowo od pozwanej na rzecz powódki kwotę 121 008,92 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 sierpnia 2002 r. oraz zmienił początkową datę płatności odsetek od kwoty 15 346 zł, oznaczając ją na dzień 4 lipca 2002 r., poza tym obie apelacje oddalił.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że strony prowadziły negocjacje w celu zawarcia nie – jak przyjął Sąd pierwszej instancji – umowy o dzieło, lecz umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. Jednym bowiem z istotnych składników tej umowy jest dostarczenie przez inwestora projektu, a w niniejszej sprawie prace były wykonywane na podstawie projektu. Okoliczność, że nie został on zaoferowany jako dowód nie ma natomiast znaczenia dla oceny charakteru prawnego umowy. W przepisach art. 647 i nast. k.c. nie została uregulowana kwestia wynagrodzenia ryczałtowego, dlatego strony powinny uregulować to wynagrodzenie w samej umowie. W niniejszej sprawie z treści zlecenia nr (...) wynikało jedynie, że zlecono wykonanie pali pod halę i pod zbiorniki przeciwpożarowe według projektu wykonawczego T. G. o wartości 1 220 000 zł. Powódka przyjęła zlecenie, ale z zastrzeżeniem uzupełnienia jego treści, w dacie przyjęcia zlecenia bowiem strony zgodne były jedynie co do ceny 1 mb pali. Ostatecznie nie doszły jednak do porozumienia w zakresie wszystkich postanowień realizowanej umowy o roboty budowlane. Ze względu na to, że strony nie porozumiały się co do spornych kwestii i nie doszło do zawarcia umowy w formie pisemnej, Sąd pierwszej instancji prawidłowo przyjął za podstawę prawną żądania przepis art. 471 k.c. Trafnie również ocenił, że nie można przyjmować, by strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dla uzgodnienia ryczałtu bowiem konieczne jest jednoznaczne określenie zakresu robót, do czego w niniejszej sprawie nie doszło. Uszło jednak uwagi Sądu pierwszej instancji, że pozwana dołączyła do odpowiedzi na pozew protokoły odbioru pali oraz dzienniki palowania, na podstawie których biegły obliczył ilość metrów bieżących pali faktycznie wykonanych przez powódkę za zgodą pozwanej. Z opinii biegłego wynika, że powódka

wykonała 6 404,5 mb pali i ta ilość została przez pozwaną odebrana. Biegły obliczył też koszt zwiększonej ilości betonu zużytego do wykonania pali. Pozwana była na bieżąco informowana przez powódkę o ponadnormatywnym zużyciu betonu, nie negowała tego faktu ani nie wstrzymała robót. Godziła się zatem na zwiększone zużycie ilości wbudowanego betonu. Nie można czynić powódce zarzutu, że nie wstrzymała robót, gdyż przerwanie formowania pali w trakcie betonowania powoduje niemożność dokończenia betonowania danego pala w późniejszym terminie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w sprawie nie może znaleźć zastosowania art. 632 § 2 k.c. nawet w drodze ostrożnej analogii, zgodnie bowiem z art. 656 k.c. sięganie do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło jest ograniczone, a przepis ten nie zawiera odesłania do przepisów dotyczących wynagrodzenia za wykonanie dzieła. Oceniając zatem zasadność żądania przez przyzmat art. 471 k.c. trzeba przyjąć, że szkodą powódki jest różnica między wartością betonu przewidzianą na wykonanie zamówionych pali a wartością betonu faktycznie wbudowanego. Na podstawie dowodów przedłożonych przez pozwaną biegły wyliczył tę różnicę na kwotę 121 008,92 zł i taka jest wartość szkody poniesionej przez powódkę. Nie podlega ona zwiększeniu o podatek VAT, ponieważ w grę wchodzi roszczenie odszkodowawcze.

Sąd Apelacyjny uznał, że – wbrew odmiennej ocenie Sądu pierwszej instancji – między zachowaniem pozwanej a szkodą jakiej doznała powódka zachodzi normalny związek przyczynowy, na stronie dostarczającej dokumentację projektową bowiem ciąży odpowiedzialność za to, że dokumentacja odpowiada faktycznym stosunkom, w tym także co do gruntu, na którym obiekt budowlany ma być posadowiony. W dostarczonej powódce dokumentacji nie było żadnego ostrzeżenia o utrudnieniach, które ujawniły się przy realizacji zadania, a z zeznań kierownika budowy wynika, że doszło do przewiercenia starej kanalizacji i zalania jej betonem. Jak wynika z art. 354 k.c., dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom i w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Powinność współdziałania, o którym mowa, nakładała na pozwaną w przypadkach zgłaszania jej ponadnormatywnego zużycia betonu obowiązek zajęcia jednoznacznego stanowiska w kwestii kontynuowania bądź przerwania robót. Pozwana przyjmowała do wiadomości fakt ponadnormatywnego zużycia betonu, ale nie poczuwała się do partycypowania w zwiększonych kosztach, poprzestając dopiero po

zakończeniu robót na twierdzeniach o wynagrodzeniu ryczałtowym. Zachowanie pozwanej w powiązaniu z niedostatkami dostarczonej dokumentacji projektowej naruszało wynikający z art. 354 k.c. obowiązek współdziałania, wobec czego związek przyczynowy między tym zachowaniem a szkodą, jakiej doznała powódka, nie powinien – zdaniem Sądu Apelacyjnego – budzić żadnych wątpliwości. Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i zasądził na rzecz powódki odszkodowanie w wyliczonej przez biegłego kwocie 121 008,92 zł.

Oceniając zarzuty podniesione w apelacji pozwanej Sąd Apelacyjny stwierdził, że – wbrew odmiennym zapatrywaniom pozwanej – między stronami nie doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane, z samej podzielności świadczenia będącego przedmiotem tej umowy nie można bowiem wywodzić faktu jej zawarcia. Podkreślił, że również sam fakt przystąpienia do robót nie uzasadnia wniosku wyprowadzonego przez pozwaną, gdyż stoi temu na przeszkodzie art. 72 k.c. Za zasadny uznał Sąd Apelacyjny jedynie zarzut dotyczący początkowej daty odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 3 czerwca 2002 r. Podkreślił, że pozwana nie kwestionowała faktu wykonania dodatkowych pali CFA o średnicy 50 i 40 cm ani zmiany średnicy pali CFA z 40 na 50 cm, a co za tym idzie zgłoszonego roszczenia o zapłatę kwoty 15 346 zł z tytułu robót dodatkowych, wątpliwości dotyczyły jedynie ustalenia terminu zapłaty, który istotnie uległ przedłużeniu do 30 dni. Skoro dopiero upływ 30 dni od dnia wystawienia faktury otwierał prawo żądania odsetek, Sąd Apelacyjny w odnośnym zakresie zmienił zaskarżony wyrok, wspomniany termin upłynął bowiem bezskutecznie z dniem 3 lipca 2002 r.

W skardze kasacyjnej od wyroku sądu Apelacyjnego pozwana, powołując się na obie podstawy określone w art. 398³ § 1 k.p.c., wносиła o jego uchylenie w części uwzględniającej powództwo oraz oddalającą apelację i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania. W ramach pierwszej podstawy kasacyjnej wskazała na naruszenie przepisów: art. 471 w związku z art. 647 k.c. oraz art. 2 ust. 1 i art. 4 pkt 2 lit. b ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) przez przyjęcie, że zachodzą podstawy do zasądzenia odszkodowania w sytuacji, gdy powódka dochodzi wynagrodzenia za roboty budowlano-montażowe na podstawie faktury VAT, art. 471 k.c. w związku z art. 19, 20 i 33 ustawy prawo budowlane i art. 6 k.c. przez przyjęcie, że pozwana powinna ponosić odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania umowy w sytuacji, gdy powódka nie udowodniła przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, art. 471 w związku z art.

455, 363 § 2 i 481 k.c. przez przyjęcie, że w braku udowodnienia przez powódkę składników odszkodowania, wysokości szkody, związku przyczynowego między zachowaniem pozwanej a szkodą i wreszcie daty, od której wierzycielowi należą się odsetki, możliwe jest zasądzenie odszkodowania, art. 471 w związku z art. 353¹, 56, 60, 65, 72 i 462 k.c. przez przyjęcie, że umowny stosunek zobowiązaniowy może być ustalony z pominięciem dokonywanych przez strony oświadczeń woli, istotnych postanowień umowy, treści pokwitowania wykonania robót oraz ustalonych zwyczajów w ramach realizacji inwestycji, wyłącznie przez uznanie, iż mocą art. 72 k.c. wykonana umowa jest traktowana jako niezawarta, art. 647, 478, 649 i 654 k.c. w związku z art. 353¹ k.c. przez przyjęcie, że zakres robót nie został między stronami określony, a poszczególne postanowienia umowy, mimo podzielności umowy o roboty budowlane, są między stronami sporne w sytuacji, gdy zarówno sposób realizacji inwestycji, jak i istotne postanowienia umowy wraz z dokumentacją były powódce znane w chwili przystąpienia do realizacji umowy, art. 457 w związku z art. 481, 462 § 1 i 2, 450 i 481 k.c. przez wadliwe określenie wymagalności roszczenia, skutkujące niedopuszczalnym zasądzeniem skapitalizowanych odsetek w sytuacji, gdy pozwana nie pozostawała w zwłoce co do zwrotu kwoty 77 165 zł, art. 354 § 2 k.c. w związku z art. 19, 20 i 33 ustawy prawo budowlane i art. 6 k.c. przez przyjęcie, że pozwana dopuściła się braku współdziałania z powódką, art. 498 i 499 w związku z art. 471 k.c. przez nieuwzględnienie zarzutu potrącenia mimo przekroczenia przez powódkę terminu realizacji umowy i nienależytego jej wykonania, art. 65 w związku z art. 56, 60 i 353¹ k.c. oraz art. 74, 69 i 384 k.c. przez wadliwe ustalenie rzeczywistej woli stron umowy z pominięciem jej wzorca i ustalonych z inwestorem sposobów realizacji umowy, i art. 45 Konstytucji przez procedowanie z naruszeniem kardynalnych norm procesowych, a w konsekwencji – pozbawienie prawa do sprawiedliwego procesu i możliwości należytej obrony swoich praw. W ramach drugiej podstawy skarżąca zarzuciła obrazę przepisów: art. 321 § 1 w związku z art. 379 pkt 5 k.p.c. przez wykroczenie poza wskazaną przez powódkę podstawę faktyczną i prawną żądania (art. 643 § 2 k.c.) przy jednoczesnym przypisywaniu pozwanej bierności obrony w rozumieniu art. 471 k.c., art. 234 k.p.c. przez pominięcie domniemania, że proces budowlany realizowany jest w oparciu o decyzje administracyjne i wymaganą normami prawnymi dokumentację przez wszystkie podmioty uczestniczące w realizacji inwestycji, art. 382 i 383 w związku z art. 386 § 6 i 321 § 1 k.p.c. przez 1) przyjęcie, że Sąd jest związany oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania zawartymi w wydanym w sprawie wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 17 listopada 2005 r., mimo że: a) art. 386 § 6 *in fine* k.p.c. wyklucza taką możliwość w sytuacji wyraźnego oznaczenia przez powoda podstawy prawnej, b) art. 383 k.p.c. zabrania wydania orzeczenia uwzględniającego roszczenie zgłoszone dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, c) art. 378 § 1 k.p.c. z zastrzeżeniem art. 382 k.p.c. nakłada na sąd orzekający obowiązek rozpoznania sprawy wyłącznie w granicach apelacji i zebranego legalnie materiału dowodowego, a art. 321 § 1 k.p.c. – wyłącznie w ramach wyraźnego żądania strony powodowej, która wskazała za podstawę faktyczną fakturę VAT, a za podstawę prawną art. 632 § 2 k.c., i 2) pozbawienie pozwanej prawa do należytego zapewnienia obrony swych praw, w szczególności przez pominięcie tez stawianych w zakresie konieczności uwzględnienia dalej idących wniosków, art. 383 w związku z art. 379 pkt 5 k.p.c. przez wyjście poza granice sporności i zasady równowagi stron w procesie polegające na uznaniu kwestii niespornych za sporne, a roszczeń wadliwie wywodzonych przez powódkę za wywiedzione prawidłowo przy jednoczesnym odjęciu pozwanej prawa do obrony swoich praw, art. 479¹² § 1 i 2 w związku z art. 232, 168 § 1 (*a contrario*), 204 i 193 § 3 k.p.c. przez przyjęcie, że ewentualna zmiana powództwa dokonana w toku procesu dopiero w ramach zarzutu apelacyjnego zasługuje na uwzględnienie, i wreszcie art. 149 § 2 w związku z art. 131 § 1 i 379 pkt 5 k.p.c. przez brak zawiadomienia pozwanej o terminie rozprawy apelacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Przystępując w pierwszej kolejności do rozważenia podstawy kasacyjnej z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. trzeba stwierdzić, że podniesiony w jej ramach zarzut nieważności postępowania, spowodowanej pozbawieniem skarżącej możliwości obrony jej praw, jest pozbawiony racji. Przyczyną nieważności postępowania miało być naruszenie przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 149 § 2 w związku z art. 131 § 1 k.p.c., polegające na zaniechaniu zawiadomienia skarżącej o terminie rozprawy apelacyjnej i wydanie wyroku po upływie 14 dni od rozprawy, o której została zawiadomiona. Nie ulega wątpliwości, że powołane przez skarżącą przepisy art. 131 § 1 i 149 § 2 k.p.c. stosuje się – zgodnie z art. 391 § 1 k.p.c. – do postępowania przed sądem drugiej instancji. Uszło jednak uwagi skarżącej, że Sąd Apelacyjny obowiązkom wynikającym z powołanych przepisów nie uchybił. Pełnomocnik skarżącej został zawiadomiony o terminie rozprawy w dniu 24 maja 2007 r., po zamknięciu której Sąd odroczył ogłoszenie wyroku do dnia 6 czerwca 2007 r., a w dniu tym – odroczył po raz drugi do dnia 20 czerwca 2007 r. W wypadku odroczenia terminu ogłoszenia wyroku sąd nie ma obowiązku zawiadomienia przez wezwanie o tym terminie strony nieobecnej na rozprawie także wtedy, gdy termin

ogłoszenia orzeczenia został odroczony ponownie (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1968 r., III CZP 62/68, OSNC 1969, nr 3, poz. 41). Okoliczność, że pełnomocnik skarżącej mimo prawidłowego zawiadomienia nie uczestniczył w rozprawie w dniu 24 maja 2007 r., nie nakładała zatem na Sąd Apelacyjny obowiązku zawiadomienia go przez wezwanie (art. 149 § 2 k.p.c.) o terminie ogłoszenia wyroku, termin ten bowiem przewodniczący ogłasza po zamknięciu rozprawy (art. 326 § 1 zdanie trzecie k.p.c.). Nie powoduje też nieważności postępowania przekroczenie przewidzianego w art. 326 § 1 zdanie drugie k.p.c. terminu dwóch tygodni, gdyż jest to termin o charakterze instrukcyjnym.

U podstaw pozostałych zarzutów podniesionych w ramach podstawy kasacyjnej z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. legło założenie, że w sprawie doszło do naruszenia art. 321 § k.p.c. przez wykroczenie ponad podstawę faktyczną żądania powódki, która ukierunkowała postępowanie rozpoznawcze powołaniem się na faktury oraz na przepis art. 632 § 2 k.c. Także i ten zarzut trzeba uznać za pozbawiony racji. Powołany przez skarżącą art. 321 § 1 k.p.c. wyraża zasadę, że zakres wyrokowania jest określony żądaniem powoda; innymi słowy, nie może obejmować przedmiotu, który nie był objęty żądaniem. W pozwie powódka żądała zasądzenia od skarżącej kwoty 305 712,05 zł z odsetkami, obejmującej: kwotę 15 346 zł z tytułu należności za wykonanie dodatkowych pali, kwotę 7 158,11 zł z tytułu odsetek za opóźnienie w zapłacie tej należności, kwotę 77 165 zł z tytułu niesłusznie potrąconej kaucji gwarancyjnej i kwotę 206 042,93 zł z tytułu ponadnormatywnego zużycia betonu. Uzasadniając to żądanie już w pozwie przytoczyła, że w trakcie realizacji robót doszło do ponadnormatywnego zużycia betonu, co według inspektora nadzoru i przedstawiciela inwestora zastępczego było następstwem niekontrolowanego odpływu betonu w wolną przestrzeń byłego kanału ciepłowniczego i innej struktury gruntu od przyjętej w projekcie oraz że zmuszona była wykonać pale ze zwiększoną od zakładanej średnicą z 40 do 50 cm. Wyjaśniła, że wydatki te zakwalifikowała jako roboty dodatkowe. Porównanie tak sformułowanego żądania pozwu z zakresem wyrokowania nie upoważnia do postawienia Sądowi Apelacyjnemu zarzutu, że oparł wyrok na podstawie faktycznej niepowołanej przez powódkę. Stawiając zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. skarżąca przywiązuje zasadniczą wagę do tego, że powódka wystawiła na poszczególne sumy, składające się na żadaną kwotę 305 712,05 zł, faktury VAT i jako podstawę prawną wskazała przepis art. 632 § 2 k.c. Uszło jednak uwagi skarżącej, że do obligatoryjnych elementów pozwu należy tylko dokładnie określone żądanie i przytoczenie uzasadniających je okoliczności

faktycznych. Nie jest natomiast wymagane przytaczanie podstawy prawnej powództwa, co więcej przepisy prawa materialnego wskazywane przez powoda jako podłoże jego żądań, nie wiążą sądu i mogą być przezeń pominięte przy wydawaniu orzeczenia co do istoty sporu, konstrukcja podstawy prawnej rozstrzygnięcia należy bowiem do sądu (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Wskazanie przez powoda przepisów prawa materialnego, mających stanowić podstawę prawną orzeczenia może zatem jedynie pośrednio określać okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu, pozostaje jednak bez znaczenia dla samego rozstrzygnięcia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152).

Pozostałe zarzuty postawione w ramach drugiej podstawy kasacyjnej mają w stosunku do zarzutu obrazy art. 321 § 1 k.p.c. charakter następczy, wywiedzione zostały bowiem przy założeniu, że Sąd Apelacyjny wyszedł poza granice żądania powódki, dopuścił do zmiany powództwa dopiero w postępowaniu apelacyjnym i w konsekwencji naruszył zasadę równowagi stron w procesie oraz pozbawił skarżącą prawa do sprawiedliwego procesu i możliwości należytej obrony swoich praw. Tak skonstruowane zarzuty, oparte na błędnym założeniu, nie wymagają szerszego rozważenia. Wypada jedynie zauważyć, że skarżąca wadliwie pojmuje zakres kognicji sądu drugiej instancji, uznając, że, zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c., Sąd Apelacyjny powinien rozpoznać sprawę wyłącznie w ramach wyraźnego żądania powódki, która „wskazała za podstawę faktyczną fakturę VAT za podstawę prawną zaś: art. 632 § 2 k.c.”. Jak już niejednokrotnie podkreślał Sąd Najwyższy, postępowanie apelacyjne – chociaż jest postępowaniem odwoławczym i kontrolnym – zachowuje charakter postępowania rozpoznawczego. Oznacza to, że sąd drugiej instancji ma pełną swobodę jurysdykcyjną, ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia. W konsekwencji, sąd ten może, a jeżeli je dostrzeże – powinien, naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia prawa materialnego popełnione przez sąd pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały wytknięte w apelacji, pod warunkiem, że mieszczą się w granicach zaskarżenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2000 r., III CKN 812/98, OSNC 2000, nr 10, poz. 193, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2002 r., III CZP 62/02, OSNC 2004, nr 1, poz. 7 oraz uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, której nadano moc zasady prawnej – dotąd niepubl.).

Jeżeli skarżąca zaniechała podjęcia określonych czynności procesowych, wychodząc z błędnego założenia, że Sąd Apelacyjny jest związany wskazaną przez

powódkę podstawą prawną żądania, to nie może powoływać się obecnie na pozbawienie jej możliwości obrony swych praw. Skarżąca nie podjęła zresztą nawet próby wykazania, że w toczącym się od września 2002 r. postępowaniu rozpoznawczym wskutek uchybień procesowych nie mogła podjąć należytej obrony.

Zachodzą zatem podstawy by stwierdzić, że powołana przez skarżącą podstawa z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. jest nieuzasadniona.

Przechodząc do rozważenia podstawy kasacyjnej określonej w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. trzeba zauważyć, że w wypełniających tę podstawę zarzutach naruszenia konkretnych przepisów prawa materialnego skarżąca nie uniknęła licznych powtórzeń. Obszerne wywody skarżącej zmierzają w pierwszej kolejności do wykazania, że – wbrew odmiennej ocenie Sądu Apelacyjnego – strony zawarły umowę o wykonanie pali pod halę i pod zbiornik za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1 285 000 zł oraz że umowa ta została w całości wykonana. Wywodom tym nie można odmówić racji, Sąd Apelacyjny bowiem w swoich rozważaniach skoncentrował się jedynie na rozbieżnościach co do ilości pali, które miały być wykonane przez powódkę w ramach wynagrodzenia w wysokości 1 220 000 zł. Z wiążących ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że rozbieżności takie istniały, gdyż według powódki kwota 1 220 000 zł miała stanowić wynagrodzenie za wykonanie 5 988 mb, a według skarżącej – za 6 357 mb. Jednakże, różnice te nie stanowiły dla stron przeszkody do przekazania powódce placu budowy, przystąpienia przez nią do wykonania przedmiotowych pali, a następnie do protokolarnego odbioru robót oraz zapłaty i przyjęcia wynagrodzenia. W tej sytuacji należało przyjąć, że w odnośnym zakresie doszło między stronami do zawarcia umowy o roboty budowlane, nie ulega wszak wątpliwości, że przewidziana w art. 648 § 1 k.c. pisemna forma umowy o roboty budowlane została zastrzeżona dla celów dowodowych, wobec czego umowa ta może być zawarta również przez czynności konkludentne (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 1998 r., II CKN 667/97, niepubl.).

Umówione wynagrodzenie, o którym mowa w art. 647 k.c., powinno być określone przez strony w zawartej umowie, ponieważ w przepisach normujących umowę o roboty budowlane nie zostały uregulowane zasady wynagrodzenia. Nie ma przy tym przeszkód, by strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe bądź kosztorysowe. Ryczałt, jak wiadomo, polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w konkretnej kwocie, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagał się zapłaty wyższego wynagrodzenia (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia

20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, niepubl. i z dnia 26 października 2000 r., II CKN 417/00, niepubl.). W okolicznościach sprawy, pomimo pewnych rozbieżności co do zakresu robót, sięgających około 5% całego przedsięwzięcia, zachodziły podstawy, by przyjąć, że za wykonanie pali od halę strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1 220 000 zł. Ze względu na wspomniane rozbieżności można było jedynie liczyć się z niewielkim marginesem ewentualnej korektury.

Konstatacja ta nie oznacza jednak, że skarga kasacyjna jest uzasadniona., zaskarżony wyrok bowiem mimo częściowo błędnego uzasadnienia odpowiada prawu. Z wiążących ustaleń przyjętych za podstawę tego wyroku wynika, że przy wykonaniu umówionych robót doszło do ponadnormatywnego zużycia betonu, że przyczyną tego stanu były niedostatki dokumentacji projektowej, w której nie uwidoczniono pozostałości po starej kanalizacji, oraz że skarżąca godziła się na kontynuowanie robót przy ponadnormatywnym zużyciu betonu. Ustalenia te natomiast – wbrew odmiennym zapatrywaniom skarżącej – uzasadniały podjęcie kwestionowanego rozstrzygnięcia.

Trzeba zauważyć, że Sąd Apelacyjny niesłusznie odrzucił możliwość stosowania art. 632 k.c. do umowy o roboty budowlane. Z przepisu tego wynika, że jeżeli w umowie o dzieło strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97 (niepubl.), przyjął, że jeżeli strony umowy o roboty budowlane umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, z dużą dozą ostrożności można sięgnąć do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących określenia wynagrodzenia za dzieło, w tym do art. 632 § 2 k.c. W wyroku z dnia 18 października 2006 r., II CSK 121/06 (niepubl.), wyraził z kolei pogląd, że pominięcie przez ustawodawcę w przepisach regulujących umowę o roboty budowlane kwestii zasad ustalania wynagrodzenia jest luką instrumentalną, wymagającą uzupełnienia przez sąd. W przypadkach tych zatem zachodzi analogia z przepisów o umowie o dzieło (art. 629-632 k.c.). Również w wyroku z dnia 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07 (Biuletyn SN 2007, nr 12, s. 11 – teza), Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że art. 656 § 1 k.c. nie stoi na przeszkodzie stosowaniu art. 632 k.c. w drodze analogii do umowy o roboty budowlane. Podkreślił, że nie przewidziano w nim odpowiedniego stosowania do umowy o roboty budowlane normujących wynagrodzenie

przyjmującego zamówienie przepisów o umowie o dzieło tylko dlatego, że założeniem przy uchwalaniu przepisów kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane było regulowanie wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych przez przepisy szczególne (zob. art. 648 § 3 i 650 k.c.). W tych okolicznościach wypełnienie luki powstałej po utracie mocy przez uchwałę nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych (M. P. Nr 8, poz. 47 ze zm.; zob. art. 7 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 55, poz. 321) w drodze zastosowania *per analogiam* przepisów o umowie o dzieło nasuwa się więc jako rozwiązanie zgoła oczywiste. Skład orzekający Sądu Najwyższego podziela powyższy kierunek wykładni i dlatego uznaje za błędne stanowisko odrzucające możliwość zastosowania w niniejszej sprawie art. 632 § 2 k.c.

W niniejszej sprawie – wbrew odmiennym zapatrywaniom skarżącej – zachodziły też podstawy do zastosowania art. 471 k.c. Nie stała temu na przeszkodzie okoliczność, że powódka zakwalifikowała należne odszkodowanie jako wynagrodzenie za roboty dodatkowe i wystawiła fakturę VAT, skoro równocześnie w uzasadnieniu pozwu wskazywała na fakt poniesienia szkody w postaci ponadnormatywnego zużycia betonu oraz na inną od przyjętej w dokumentacji projektowej strukturę gruntu. Bez znaczenia była też okoliczność, czy wystawiając fakturę VAT powódka naruszyła powołane przez skarżącą przepisy obowiązującej wówczas ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.), nie każde bowiem naruszenie prawa materialnego uzasadnia uwzględnienie podnoszącej to naruszenie skargi kasacyjnej. Istotne jest, czy spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności kontraktowej, a udzielając na to pytanie odpowiedzi twierdzącej Sąd Apelacyjny nie naruszył przepisu art. 471 k.c. Oceny tej w niczym nie zmienia odwołanie się przez skarżącą do regulacji zawartych w art. 19, 20 i 33 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.; następnie jedn. tekst: Dz. U. z 2000 r. Nr 106, poz. 1126 ze zm.; następnie jedn. tekst: Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 ze zm.; obecnie jedn. tekst: Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), które dotyczą *notabene* obowiązków inwestora oraz projektanta. W sprawie chodziło bowiem o niedostatki dokumentacji projektowej dostarczonej przez skarżącą. Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad, natomiast z obowiązku wynikającego z art. 651 k.c. powódka się wywiązała (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9,

poz. 173). Skarżąca nie ma również racji podnosząc, że powódka nie udowodniła faktu poniesienia szkody, fakt ten wynika bowiem z wiążących ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę wyroku Sądu Apelacyjnego. Uszło uwagi skarżącej, że, zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c., w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego wyroku.

Skarżąca nie ma również racji, podnosząc zarzut niedopuszczalnego zasądzenia skapitalizowanych odsetek w sytuacji, w której nie pozostawała w zwłóce co do zwrotu kwoty 77 165 zł. Odsetki te zostały bowiem zasądzone nie za zwłokę, lecz za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia za „roboty dodatkowe”. Nie znajduje też uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy zarzut obrazy art. 498 i 499 k.c. przez zaniechanie potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych. Ocena, że w sposób dorozumiany doszło między stronami do zawarcia umowy o wykonanie pali za ustalonym wynagrodzeniem nie jest bowiem równoznaczna z uznaniem, że zawarta w ten sposób umowa obejmowała postanowienia dotyczące kar umownych.

Z przytoczonych wyżej powodów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną, postanawiając o kosztach postępowania kasacyjnego po myśli art. 98 § 3 i art. 99 w związku z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c.