



Sygn. akt V CSK 439/08

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 21 maja 2009 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Lech Walentynowicz (przewodniczący)

SSN Jan Górowski (sprawozdawca)

SSN Dariusz Zawistowski

Protokolant Piotr Malczewski

w sprawie z powództwa „I.” Spółki z o.o.

przeciwko „F.” Spółce z o.o.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 21 maja 2009 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Powódka „I.” sp. z o.o. domagała się od pozwanej „F.” sp. z o.o. zasądzenia kwoty 866 176,77 zł, z ustawowymi odsetkami od dnia 10 maja 2006 r. Według twierdzeń pozwu, należność ta składała się z kwoty 87 184 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych objętych umową z dnia 10 marca 2005 r., zawartą z generalnym wykonawcą L. sp. z o.o., określonych w fakturze nr 142/2005 z dnia 28 grudnia 2005 r. oraz w protokole odbioru nr 7; z kwoty 67 352,87 zł z tytułu potrąconej kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie umowy oraz kwoty 711 639,90 zł tytułem zapłaty za wykonane i odebrane roboty dodatkowe. Jako podstawę prawną swoich roszczeń wskazywała oprócz art. 647¹ k.c. także art. 632 § 2 k.c., art. 405 k.c., a ewentualnie art. 415 i następne k.c.

Wyrokiem z dnia 13 marca 2008 r. Sąd Okręgowy w W. zasądził od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 134 331 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 maja 2006 r. i oddalił powództwo w pozostałej części. Ustalił, że pozwana jako zamawiający (inwestor) zawarła z generalnym wykonawcą L. sp. z o.o. umowę z dnia 10 marca 2005 r., w której wykonawca zobowiązał się do wykonania salonu samochodowego w standardach określonych przez Mercedesa i zastosowanych w salonie przy ul. O. w W. Przedmiot umowy określono w harmonogramie rzeczowo finansowym oraz dwóch innych załącznikach, tj. wytycznych inwestora do realizacji inwestycji oraz specyfikacji zastosowania materiałów i urządzeń oraz technologii. Wykonawca zobowiązał się także do sporządzenia we własnym zakresie projektu wykonawczego (§ 1 pkt 3) i do pełnienia na budowie funkcji koordynatora w stosunku do dostawców i podwykonawców (§ 5 pkt 1).

Zgodnie § 1 pkt 6 tego kontraktu, do zawarcia umowy z podwykonawcą konieczna była zgoda zamawiającego inwestora. Wynagrodzenie wykonawcy ustalono w kwocie ryczałtowej, zastrzegając, że wszelkie koszty poniesione przez wykonawcę w celu prawidłowego wykonania umowy zawarte są w wynagrodzeniu ryczałtowym (§ 3). Warunkiem uruchomienia środków na wypłatę wynagrodzenia z tytułu umowy na rzecz wykonawcy miało być przedstawienie oświadczeń

podwykonawców o uregulowaniu na ich rzecz przez wykonawcę wynagrodzenia z tytułu wykonanych przez nich robót (§ 4 pkt 9).

Strony tej umowy uzgodniły także, że nie będą wprowadzać zmian oraz nowych postanowień umowy niekorzystnych dla zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w czasie zawarcia umowy. Takie zmiany wymagały zawarcia pisemnego „aneksu” do umowy pod rygorem nieważności (§ 12 pkt 1 i 2).

W piśmie z dnia 10 marca 2005 r. generalny wykonawca L. sp. z o.o. zwróciła się do pozwanej o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcami, w tym z powódką „I.” sp. z o.o. w zakresie robót instalacyjnych, elektrycznych drogowych, wentylacyjno-klimatyzacyjnych. Jednocześnie generalny wykonawca przekazał pozwanej projekty umów, jakie zamierza zawrzeć z podwykonawcami. Pozwana wyraziła zgodę przez złożenie na tym piśmie oświadczenia „akceptuję wyżej wymienionych wykonawców”.

Także w dniu 10 marca 2005 r. generalny wykonawca zawarł umowę z powódką jako podwykonawcą, w której „I.” sp. z o.o. zobowiązała się do wykonania obiektu pod nazwą „salon i serwis samochodowy” w L. w części dotyczącej instalacji sanitarnych, elektrycznych i komunikacji, zgodnie z projektem oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym. Termin wykonania tej umowy uzgodniono na dzień 26 sierpnia 2005 r. Strony postanowiły, że dołożą starań, aby uzyskać pozwolenie na użytkowanie obiektu w terminie do dnia 12 września 2005 r., a w przypadku realizowania umowy w ograniczonym zakresie – w terminie do 12 września 2005 r. (§ 2 pkt 1).

Wynagrodzenie powoda ustalono ryczałtowo w kwocie 3 796 900 zł netto, określając, że wszelkie koszty poniesione przez powódkę w celu prawidłowego wykonania umowy zawarte są w tym wynagrodzeniu (§ 3). Wynagrodzenie miało być płatne w terminie 25 dni od potwierdzenia wykonania robót w protokole ich odbioru. Z wynagrodzenia generalny wykonawca był uprawniony do potrącenia kwotę stanowiącą zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz kary umowne

przewidziane w § 8. Powódka była zobowiązana do wykonania umowy zgodnie z jej postanowieniami i projektem budowlanym oraz zasadami sztuki budowlanej, zawiadomienia generalnego wykonawcy o zauważonych wadach dokumentacji projektowej (§ 5 pkt 1.2 i 1.3), powołania kierownika budowy oraz zgłoszenia tego faktu według ustalonych procedur (§ 5 pkt 2.1), zaś generalny wykonawca był obowiązany do przekazania dokumentacji projektowej i placu budowy (§ 5 pkt 3).

L. była uprawniona do naliczania kar umownych z tytułu zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy. W § 9 strony ustanowiły zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania w formie kaucji zabezpieczającej w wysokości 5% wartości umowy netto, która miała być potrącana z faktur wystawionych przez powoda. Służyć miała między innymi do pokrycia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi za wadliwe wykonanie robót. Generalny wykonawca miał zwrócić 70% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania umowy, zaś 30% tej kwoty pozostawione miało być na pokrycie roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi oraz zwrócone na rzecz powódki nie później niż w ciągu 20 dni po upływie terminu rękojmi za wady (§ 9 pkt 7).

L. zatrzymała kaucję zabezpieczającą w kwocie łącznej 67 352,87 zł, pomniejszając o tę kwotę wynagrodzenie umowne powódki należne na podstawie wystawionych faktur. Także w tej umowie strony postanowiły, że nie będą wprowadzać zmian oraz nowych postanowień umowy niekorzystnych dla zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

W dniach 8 grudnia 2005 r. i 22 grudnia 2005 r. inspektor nadzoru dokonał odbioru wykonanych przez powoda robót objętych protokołem odbioru nr 7. Z tego tytułu powódka wystawiła generalnemu wykonawcy fakturę nr 142/2005 z dnia 28 grudnia 2005 r. na kwotę 873 398 zł brutto. W dniu 12 stycznia 2006 r. powódka złożyła oświadczenie, że generalny wykonawca uregulował na jej rzecz należność w pełnej wysokości z tytułu robót objętych tym protokołem, lecz nie odpowiadało ono stanowi faktycznemu. W rzeczywistości generalny wykonawca dokonał wpłaty

z tego tytułu na rzecz powódki tylko części należności i do zapłaty pozostała kwota 87 184 zł. Oświadczenie to zostało przekazane pozwanej w załączniku do faktury nr [...] /05. W piśmie z dnia 3 lutego 2007 r. powódka zawiadomiła pozwaną, że nie otrzymała wynagrodzenia z tytułu prac objętych protokołami nr 7 i 8 w łącznej wysokości 392 177,64 zł, wnioskując o ich zapłatę przez inwestora, który w piśmie z dnia 15 lutego 2006 r. odpowiedział, że dokonał zapłaty tej należności na rzecz generalnego wykonawcy, gdyż posiadał oświadczenie powódki o uregulowaniu jej przez generalnego wykonawcę. Wobec braku własnych środków, L. była w stanie zapłacić podwykonawcom należne wynagrodzenie za wykonanie określonego zakresu robót dopiero po otrzymaniu za nie wynagrodzenia od inwestora (pозwanej). Taki sposób regulowania wynagrodzenia stał się regułą na zaawansowanym poziomie realizacji przedmiotowej inwestycji. Z tego względu powódka składała oświadczenia o uiszczeniu przez generalnego wykonawcę jej wynagrodzenia za dany etap prac, objętych protokołami odbioru mimo, że płatność w rzeczywistości nie miała miejsca.

W dniach 29 grudnia 2005 r. i 23 marca 2006 r. pozwana złożyła generalnemu wykonawcy oświadczenie o potrąceniu swej wierzytelności z tytułu kar umownych zastrzeżonych w umowie z dnia 10 marca 2005 r., w związku z opóźnieniem w oddaniu inwestycji. Oświadczeniem z dnia 23 marca 2006 r. pozwana dokonała potrącenia tej wierzytelności z wierzytelnością generalnego wykonawcy o zwrot kwoty 125 886,24 zł, stanowiącej 70% kaucji ustanowionej w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W dniu 20 lutego 2006 r. zostało zawarte pomiędzy pozwaną i generalnym wykonawcą porozumienie, w którym inwestor oświadczył, że dokona na rzecz L. zapłaty wynagrodzenia za wszystkie prace wynikające z harmonogramu i dotąd niezapłacone w terminie 7 dni od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie wzniesionego obiektu, pod warunkiem otrzymania od generalnego wykonawcy faktur wraz z oświadczeniami o dokonaniu zapłaty na rzecz podwykonawców bądź cesji należności. Pozwana oświadczyła ponadto, że do momentu dokonania powyższej zapłaty pozostawi bez biegu potrącanie kar umownych.

W dniu 28 lutego 2006 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał decyzję o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie salonu sprzedaży i serwisu Mercedesa. Było to równoznaczne z wykonaniem umowy łączącej strony.

Ostatecznie pismem z dnia 14 lipca 2007 r. powódka wezwała pozwaną, powołując się na unormowania zawarte w art. 647¹ § 5 i art. 476 k.c. do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem, lecz pozwana odmówiła dobrowolnej zapłaty.

Sąd Okręgowy mając na uwadze takie ustalenia faktyczne doszedł do wniosku, że powództwo jest uzasadnione w zakresie reszty wynagrodzenia objętego fakturą nr [...] /2005 z dnia 28 grudnia 2007 r., tj. co do kwoty 87 147 zł, oraz w części kaucji gwarancyjnej wymagalnej na dzień rozstrzygnięcia jedynie w wysokości 70%, tj. co do kwoty 47 147 zł. Kwalifikując zawartą przez strony umowę jako umowę o roboty budowlane, wyraził pogląd, że zaistniały wszystkie przesłanki odpowiedzialności pozwanej wynikające z art. 647¹ § 5 k.c. w zw. z § 1-3 tego przepisu.

Jako bezzasadne ocenił roszczenie powódki o zapłatę kwoty 711 639,90 zł z tytułu robót dodatkowych, skoro zastrzeżone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, a do dokonania zmian umowy w tym zakresie była wymagana forma pisemnego aneksu pod rygorem nieważności, który nie został sporządzony i żądana suma z tego tytułu wykraczała w całości poza wysokość wynagrodzenia ryczałtowego. Odnosząc to roszczenie do dalszych powołanych podstaw prawnych (art. 632 § 2 k.c., art. 405 i nast. k.c. i art. 415 k.c.) podniósł, że należy wykluczyć aby umowa w przedmiocie robót dodatkowych była zawarta bezpośrednio pomiędzy powódką i pozwaną. Odnosząc się do wskazywanych przez powódkę wpisów do dziennika budowy, dokonywanych przez inspektora nadzoru R.Ż. oraz oświadczeń projektanta J.P. podniósł, że żaden z nich nie był uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanej. Poza tym ich działania, jak również treść protokołów narad na placu budowy oraz prowadzonej pomiędzy stronami korespondencji nie dawała, zdaniem Sądu Okręgowego, żadnych podstaw do stwierdzenia, aby pozwana kiedykolwiek „zleciła” powódcie wykonanie takich prac. W tym celu wymagane byłoby zgodne oświadczenie woli stron o zawarciu odrębnej umowy, obejmujące zakres tych robót oraz wysokość wynagrodzenia z tego tytułu.

Sąd pierwszej instancji odrzucając możliwość zastosowania normy wynikającej z art. 632 § 2 k.c. do odpowiedzialności pozwanej wyraził zapatrywanie, że podwyższenie wynagrodzenia na jej podstawie wymagałoby wydania wyroku, w którym mieści się element ukształtowania stosunku prawnego. Podkreślił, że odpowiedzialność ta ma charakter gwarancyjny w odniesieniu do stosunku podstawowego (między wykonawcą a podwykonawcą), co oznacza, że pozwany odpowiada za należne powodowi wynagrodzenie w granicach określonych umową zawartą przez powoda z generalnym wykonawcą, z której wynikało wynagrodzenie w wysokości ryczałtowej i takie stanowisko sama powódka zaprezentowała w pozwie.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, okoliczności sprawy nie uzasadniały również przypisania pozwanemu czynu niedozwolonego, który miałby spowodować szkodę powoda w postaci braku wynagrodzenia za dodatkowe prace, choć powódka za taki czyn wskazywała świadome uzależnienie zapłaty wynagrodzenia umownego od wykonania robót leżących poza zakresem umowy, z powziętym zamiarem nieuiszczenia wynagrodzenia z tytułu robót dodatkowych. Pozwana swoim zachowaniem nie złamała żadnego przepisu prawa, a tym samym nie można przypisać jej nawet bezprawności i tym samym winy, a istniejący pomiędzy stronami spór co do zakresu obowiązków objętych umową, był typowym sporem kontraktowym. Wskazując, także na brak przesłanki związku przyczynowego, Sąd Okręgowy podniósł, że wskazywane wymuszenie realizacji prac nieobjętych umową mogło odnosić się jedynie do bezpośredniego kontrahenta powódki (generalnego wykonawcy), gdy tymczasem pozwanym w sprawie został inwestor.

Odnosząc się do trzeciej wskazanej podstawy prawnej dotyczącej żądania zapłaty kwoty 711 639,90 zł, tj. do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, podkreślił, że powódka ograniczyła się w tej materii do podniesienia okoliczności, iż nie łączyła ją w tym zakresie umowa, a zatem należy zastosować art. 405 i następne k.c. W tym jednak wypadku przesłanką powstania tego roszczenia jest stwierdzenie, że przesunięcie majątkowe powstało bez podstawy prawnej. Tymczasem w świetle okoliczności sprawy przyznanie powódce roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia byłoby równoznaczne z jego skonstruowaniem wewnątrz stosunku zobowiązaniowego, co jest niedopuszczalne. Wprawdzie w tym

szczególnym, trójpodmiotowym układzie brak miejsca na stosunek umowy pomiędzy podwykonawcą a inwestorem, lecz nie oznacza to, że istnieje możliwość dochodzenia przez podwykonawcę przeciwko inwestorowi tego roszczenia, gdyż pozycję prawną tego pierwszego w zakresie stosunków prawnych istniejących w związku z prowadzoną inwestycją wyznacza umowa z generalnym wykonawcą. Skoro postanowienia tej umowy nie uzasadniały obowiązku zapłaty przez generalnego wykonawcę wynagrodzenia przekraczającego ustalony ryczałt, to nie można było wyprowadzić wniosku, że powódce przysługuje roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w stosunku do pozwanego inwestora. Pozycję powódki w z związku z wykonywaną inwestycją wyznaczała umowa wiążąca ją z generalnym wykonawcą. Jej postanowienia nie uzasadniają obowiązku zapłaty przez generalnego wykonawcę przekraczającego ustalony ryczałt, lecz z tego nie można wywieść wniosku, że w zakresie nie objętym tym wynagrodzeniem powódce przysługuje roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w stosunku do inwestora.

Sąd Okręgowy wyraził pogląd, że rygorystyczny charakter odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ (inwestora w stosunku do podwykonawcy) stanowi dodatkowy argument przemawiający przeciwko równoległemu dopuszczeniu roszczenia podwykonawcy przeciwko inwestorowi z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, w zakresie nieobjętym solidarną jego odpowiedzialnością przewidzianą w art. art. 647¹ k.c. i taki zbieg byłby obejściem przesłanek odpowiedzialności z tego przepisu.

Poza tym zwrócił uwagę na to, że podmiotem uprawnionym do odbioru prac realizowanych przez powódkę (podwykonawcę) był jego kontrahent tj. generalny wykonawca nie zaś inwestor, który odbierał świadczenie od generalnego wykonawcy. Gdyby założyć, że sporne prace miały charakter dodatkowy w stosunku do zakresu umownego, to powódka wykonując je wiedziała, że brak jest podstawy do ich wykonywania, wobec jednoznacznej odmowy zawarcia w tym przedmiocie aneksu. W rezultacie roboty te były świadczeniem nienależnym i powódka nie byłaby uprawniona do żądania zwrotu ich równowartości w świetle unormowania wynikającego z art. 411 pkt 1 k.c.

Sąd Okręgowy stwierdził także, że wobec braku podstaw do uznania odpowiedzialności pozwanej z tytułu wynagrodzenia powódki wykraczającego poza wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie z L., zbędne było dopuszczenie wnioskowanych przez powódkę dowodów z opinii biegłego i z zeznań świadków na okoliczność szczegółowego przebiegu wykonywanych przez powoda robót budowlanych oraz zakresu tych prac.

W końcu Sąd pierwszej instancji podniósł, że roszczenie powódki dotyczące tzw. robót dodatkowych nie zostało wykazane co do wysokości. Wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uznał za sprekludowany, (art. 479¹² § 1 zd. 1 k.p.c.), albowiem złożony dopiero został w piśmie procesowym z dnia 24 stycznia 2007 r., a zachodziła potrzeba jego zgłoszenia już w pozwie, gdyż wbrew odmiennemu stanowisku powódki nie można było przyjąć, że pozwana dopiero w odpowiedzi na pozew zakwestionowała wysokość roszczenia z tytułu prac dodatkowych. Pozwana konsekwentnie tym roszczeniom sprzeciwiała się bowiem w czasie trwania inwestycji, jak również w przedprocesowej wymianie korespondencji. Sąd uznał także za spóźnione wnioski dowodowe zgłoszone dopiero w piśmie procesowym z dnia 3 grudnia 2007 r.

Apelację powódki Sąd Apelacyjny oddalił wyrokiem z dnia 19 czerwca 2008 r., przyjmując za własne ustalenia faktyczne zaskarżonego orzeczenia i dzieląc zawartą w nim argumentację prawną.

Wskazując za skarżącą, że celem wprowadzenia tzw. prekluzji dowodowej było zapewnienie koncentracji materiału dowodowego i w rezultacie sprawności postępowania oraz wzmocnienie zasady kontradyktoryjności zwrócił uwagę na to, że nie ma ona charakteru bezwzględnego, niemniej odstępnie od niej ustawodawca uzależnił od wykazania przez stronę, iż nie mogła z danych okoliczności, środków dowodowych i zarzutów skorzystać w określonych przez ustawę terminach, bądź że potrzeba ich powołania wynikła później. Prawidłowe zastosowanie tych zasad w stosunku do powódki wymagało ustalenia charakteru prawnego jej żądania i zachowania pozwanej w toku rokowań przed wniesieniem pozwu (art. 479¹² § 2 k.p.c.). Z korespondencji stron dotyczącej tych czynności wynikało jednak, że pozwana nie uznawała roszczenia w przedmiocie robót

dodatkowych tak co do zasady, jak i wysokości. Pozwana jednoznacznie podnosiła, że nie zlecała robót dodatkowych oraz, że roboty uznawane przez powódkę za dodatkowe wchodziły w zakres robót zleconych jej przez generalnego wykonawcę. Mieściły się też w zakresie robót zleconych przez pozwaną generalnemu wykonawcy na podstawie zawartej przez te Spółki umowy z dnia 10 marca 2005 r. o wykonanie salonu i serwisu samochodowego.

W rezultacie wskazał, że Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że potrzeba powołania dowodów dla wykazania wartości spornych robót i przede wszystkim ustalenia, że stanowiły one prace dodatkowe nieobjęte zakresem umowy zawartej przez powódkę z generalnym wykonawcą także w dniu 10 marca 2005 r. powstała już na etapie sporządzania pozwu. W rezultacie nieuwzględnienie tych okoliczności i zgłoszonych na nie dowodów także Sąd Apelacyjny uznał za zgodne z dyspozycją art. 479¹² § 1 k.p.c. i to niezależnie od sformułowanych później przez powódkę dodatkowych podstaw prawnych odpowiedzialności.

Sąd Apelacyjny ocenił także, jako bezpodstawne, zarzuty dotyczące obrazy prawa materialnego. Wskazał, że bez znaczenia tak dla zasadności spornego żądania pozostawała kwestia ważności i skuteczności zastrzeżenia w umowie zawartej przez powódkę z generalnym wykonawcą umownego prawa odstąpienia od umowy, skoro w sprawie do takiego odstąpienia nie doszło. Podkreślił, że bezpośrednim beneficjentem świadczeń powódki był związany z nią stosunkiem kontraktowym generalny wykonawca, a zobowiązany do zwrotu nienależnego świadczenia może być tylko jego bezpośredni odbiorca, zaś uprawnionym tylko spełniający świadczenie. Wszelkich ustaleń związanych z realizacją robót budowlanych powódka dokonywała właśnie ze swoim bezpośrednim kontrahentem, a nie inwestorem, co według Sądu drugiej instancji przesądzało o świadomości skarżącej co do zakresu zleconych jej prac i braku zobowiązania do wykonania jakichkolwiek robót wykraczających poza umówiony przedmiot.

Powódka w skardze kasacyjnej opartej na podstawie naruszenia prawa materialnego, tj. art. 405 k.c., art. 410 k.c., art. 405 k.c. w zw. z art. 410 i art. 411 k.c. pkt 1 k.c. oraz art. 415 k.c., a także na naruszeniu przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy, a to art. 479¹² k.p.c., art. 193 k.p.c. w zw.

z art. 479¹² k.p.c. i art. 227 k.p.c. wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Roszczenie procesowe, jeżeli nie dojdzie do przekształceń przedmiotowych i podmiotowych jest osnową pozwu. Stanowi go zgłoszone żądanie i okoliczności faktyczne je uzasadniające (art. 187 § 1 k.p.c.). Funkcją procesu cywilnego jest zbadanie, czy przedstawionemu przez powoda pod osąd roszczeniu procesowemu odpowiada roszczenie materialne. Poza wyjątkiem w sprawach ze stosunku pracy sąd jest związany nie tylko żądaniem, ale i podstawą faktyczną roszczenia procesowego sformułowanego przez powoda, a więc nie może wyjść ponad tę podstawę (art. 321 k.p.c.). Niejednokrotnie powód tak ukształtuje podstawę faktyczną roszczenia procesowego, że może ona podlegać ocenie z punktu widzenia różnych podstaw prawnych (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2007 r., II CSK 495/06, LEX 274227). W myśl zasady *da mihi factum dabo tibi ius*, na sędzie orzekającym spoczywa obowiązek dokonania z urzędu subsumcji pod właściwą normę prawa materialnego roszczenia procesowego powoda. Strona nie musi wskazywać podstawy materialnej żądania, a gdy tego dokona sąd nie jest nią związany, choć to może mieć pewne znaczenie dla ukierunkowania rozpoznania sprawy. Także sąd drugiej instancji z urzędu stosuje prawo materialne (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, nr 9, poz. 152 i uchwałę siedmiu sędziów Sąd Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55). Samo wskazanie alternatywnej podstawy materialnej dochodzonego roszczenia procesowego, bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających nie stanowi przedmiotowej zmiany powództwa (art. 193 k.p.c.).

Sąd Apelacyjny trafnie zwrócił uwagę na to, że pozwana w toku realizacji inwestycji, a także w okresie późniejszym, aż do wniesienia pozwu podnosiła, że roboty wskazywane przez powódkę jako dodatkowe wchodziły w zakres objęty obydwoma umowami z dnia 10 marca 2005 r. Dopiero w odpowiedzi na pozew wskazała, że w tym zakresie nie wiązała żadna umowa, ale także, iż zawarte w dniu 10 marca 2005 r. umowy nie przewidywały robót dodatkowych.

Powódka w terminie dwutygodniowym od otrzymania odpowiedzi na pozew wniosła pismo procesowe z dnia 24 stycznia 2007 r., w którym między innymi zażądała dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu projektowania i budownictwa na stwierdzenie zakresu oraz wartości wykonanych prac dodatkowych. Wskazała w nim także alternatywne podstawy prawne w zakresie tych robót, tj. art. 632 § 2 k.c., art. 405 k.c. oraz art. 415 k.c. W odniesieniu do normy wynikającej z pierwszego z tych przepisów podniosła, że wszystkie dodatkowe i zrealizowane projekty wykonawcze były zatwierdzane nie tylko przez generalnego wykonawcę, ale i przez inwestora. Zmiany te w stosunku do projektu stanowiącego podstawę zawartych w dniu 10 marca 2005 r. umów stanowiły istotną zmianę umownego zakresu robót. Roboty te stanowiły wartość nieomal 40% wysokości umówionego wynagrodzenia ryczałtowego i w związku z tym, gdyby nie podwyższyć ryczałtu, powstałaby dla niej rażąca strata. Wobec tych nowych okoliczności, była to przedmiotowa zmiana powództwa (art. 193 k.p.c.), a w takim wypadku rygory określone w art. 479¹² k.p.c. stosowane są do pisma modyfikującego powództwo (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., IV CK 298/05, LEX 186909). Trzeba dodać, że takie rozszerzenie powództwa było wtedy dopuszczalne, skoro zostało dokonane przed dniem 20 marca 2007 r., kiedy to weszła w życie zmiana art. 479⁴ k.p.c. wprowadzona ustawą z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 235, poz. 1699). W rezultacie powódka w piśmie z dnia 24 stycznia 2007 r. była uprawniona do powoływania w tym zakresie nowych twierdzeń i dowodów na ich poparcie. Na marginesie tych uwag można zauważyć, że pogląd o dopuszczalności stosowania *per analogiam* do umowy o roboty budowlane art. 632 § 2 k.c. jest dominujący w judykaturze (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, LEX 453070, z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, LEX 479317 i uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106).

Ogólnie ujmując problem prekluzji trzeba podnieść, że twierdzenia powoda zgłoszone w toku postępowania w sprawie gospodarczej, stanowiące rozwinięcie i sprecyzowanie twierdzeń podniesionych w pozwie w zasadzie nie są

twierdzeniami spóźnionymi w rozumieniu art. 479¹² § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 r., III CSK 292/07, niepubl.). W pozwie powódka wniosła o przeprowadzenie dowodu z wielu dokumentów prywatnych, na wykazanie, że przedmiotowe sporne roboty nie były objęte umową powódki z generalnym wykonawcą (stanowiły, tzw. roboty dodatkowe), jak i na wysokość tego roszczenia.

Dowód z dokumentu prywatnego jest samodzielnym środkiem dowodowym, którego moc sąd ocenia według zasad określonych w art. 233 § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2004 r., IV CK 47403, OSNC 2005, nr 6, poz.113). Dlatego dopiero w procesie strona przeciwna, może skutecznie zaprzeczyć prawdziwości dokumentu prywatnego, albo twierdzić, że zawarte w nim oświadczenie osoby, która je podpisała, od niej nie pochodzi. Wtedy dopiero obowiązana jest okoliczności te udowodnić. Jeżeli jednak spór dotyczy dokumentu prywatnego pochodzącego od innej osoby niż strona zaprzeczająca, prawdziwość dokumentu powinna udowodnić strona, która z niego chce skorzystać. Sądy obu instancji przyjmując prekluzję dowodową wniosków dowodowych zawartych w piśmie procesowym powódki z dnia 24 stycznia 2007 r. w całości pominęły unormowanie zawarte w art. 253 k.p.c. regulujące zagadnienie ciężaru dowodu przy kwestionowaniu dokumentu prywatnego. Wprawdzie powód już w pozwie obowiązany jest zgłosić twierdzenia i stosowne dowody do wykazania swojego roszczenia, jednak z reguły nie można wymagać, aby były to twierdzenia i dowody, które zakładają określoną obronę pozwanego (por. np. wyrok Sadu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2006 r., I CSK 322/06, niepubl.). W sprawie gospodarczej w zasadzie potrzeba powołania przez powoda dowodu z opinii biegłego powstaje dopiero po zakwestionowaniu przez pozwanego dowodów zgłoszonych w pozwie (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2006 r., I CSK 310/06, OSNC 2007, nr 11, poz. 171 i z dnia 10 lipca 2008 r., III CSK 65/08, LEX 448045).

Zadaniem sądu drugiej instancji jest także korygowanie istotnych uchybień procesowych sądu pierwszej instancji, a nie ich sanowanie. Sąd rozpoznający apelację nie tylko nie jest związany niezgodnym z prawem działaniem sądu pierwszej instancji, ale powinien podjąć czynności naprawcze np. uwzględnić bezpodstawnie pominięte wnioski dowodowe. Dlatego w postępowaniu

apelacyjnym art. 479¹² k.p.c. stosuje się wprost, tj. bez żadnych modyfikacji i zabiegów adaptacyjnych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1975 r., I CO 9/75, OSNCP 1976, nr 10, poz. 219 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 128/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 191). Z tego względu niepowołanie w skardze kasacyjnej art. 391 § 1 k.p.c. nie uznano za istotny brak mający zasadnicze znaczenie dla uznania zasadności podstawy kasacyjnej określonej w art. 398³ § 1pkt 2 k.p.c.

Zasadność podstawy naruszenia prawa procesowego zwalniała Sąd Najwyższy od obowiązku szczegółowego rozważenia zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., II CKN 60/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 128).

Można jednak zauważyć, że zakres przedmiotowy obydwu umów zawartych w dniu 10 marca 2005 r., tj. pozwanej z L.Spółką Inwestycyjną, oraz generalnego wykonawcy z powódką był ten sam. Strony zobowiązały się w nich nie wprowadzać nowych postanowień, w pierwszej niekorzystnych dla inwestora, a w drugiej dla generalnego wykonawcy, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru referenta, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (por. § 12 obydwu umów). W rezultacie w drodze wykładni tego postanowienia trzeba odpowiedzieć, czy zmiany wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu 10 marca 2005 r. były objęte ich zakresem. W związku z tym za istotną w sprawie trzeba było uznać okoliczność, czy i które sporne roboty dodatkowe zostały wykonane przez pozwaną w wyniku nowych okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia przedmiotowych umów.

Należy stwierdzić, że niedopuszczalny jest zbieg roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniem o zapłatę za wykonane roboty budowlane w ramach zawartej przez strony ważnej umowy. Trzeba też pamiętać, że w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2008, IV CSK 460/07, LEX nr 453070).

Dopiero stwierdzenie nieważności umowy, na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane otwiera możliwość zasądzenia od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac wynagrodzenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, Monitor Prawniczy 2007, nr 24, s. 1339).

Ważność umów z dnia 10 marca 2005 r. ma taki skutek, że wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 2 251 100 zł, o ile zostanie wykluczone jego podwyższenie na podstawie art. 632 § 2 k.c., stanowiłoby zapłatę za wszystkie roboty nawet zakwalifikowane przez powoda jako dodatkowe, jeżeli wynikły one z okoliczności, które można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ryczałt bowiem to w zasadzie należność ostatecznie ustalona w konkretnej kwocie w chwili zawierania umowy. Obejmuje koszty poniesione w tym wypadku przez powódkę w celu prawidłowego wykonania umowy.

Gdyby natomiast były wykonane roboty nie mieszczące się w ramach umów z dnia 10 marca 2005 r., to powstałby problem ich wykonania przez powódkę poza stosunkami prawnymi łączącymi strony i generalnego wykonawcę. Jeżeli z nich odniosła korzyść pozwana, a nie generalny wykonawca, to powstałaby do rozważenia kwestia, czy nie mają tu zastosowania przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Taką ewentualność Sąd Najwyższy dopuścił w wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06 (niepubl.). Brak ustaleń w zasygnalizowanym kierunku wyłączał możliwość dokonania bliższej wykładni prawa w tym kierunku, zwłaszcza, że Sąd Najwyższy nie może udzielać wskazań Sądowi Apelacyjnemu co do dalszego postępowania w rozumieniu art. 386 § 6 k.p.c. (por uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2007 r., III CZP 162/06, OSNC 2008, nr 5, poz. 47).

Z tych względów na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.