



Sygn. akt II CSK 450/13

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Agnieszka Piotrowska (przewodniczący)

SSN Iwona Koper (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Pietrzykowski

w sprawie z powództwa "B." Spółki z ograniczoną  
odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

przeciwko "K." Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w S.

z udziałem interwenientów ubocznych po stronie pozwanej - Towarzystwa  
Ubezpieczeń E. Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. oraz H. AG z siedzibą w  
Hanowerze

o zapłatę,

na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 15 maja 2014 r.,

na skutek skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 27 grudnia 2012 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok w pkt I. 1, 3, 4, w pkt II w części  
oddalającej apelację pozwanego i w pkt III i w tym zakresie  
przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego  
rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania  
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

W sprawie z powództwa B. Spółka z o.o. z siedzibą w Ł. przeciwko K. Spółka o.o. z siedzibą w S., przy interwencji ubocznej po stronie pozwanej Towarzystwa Ubezpieczeń E. S.A z siedzibą w S. i G. AG z siedzibą w Hanowerze, Sąd Okręgowy w Ł. wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2011 r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.262.385,40 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 października 2007 r., dalej idące powództwo oddalił.

Wyrok zapadł w następującym stanie faktycznym.

Pozwana spółka dostarczała centrale wentylacyjne do budowanej hali lakierni firmy M. w N., której głównym wykonawcą była firma B. W dniu 23 sierpnia 2007 r. doszło do pożaru w budowanej hali, o czym firma M. poinformowała pozwaną uznając, że źródłem i przyczyną pożaru było urządzenie dostarczone przez pozwaną. W dniu 28 sierpnia 2007 r. odbyło się spotkanie, w którym uczestniczyli H. B. z M., M. C. z ramienia pozwanej, W. S. z B., przedstawiciele H. S.A., w której pozwana posiadała ubezpieczenie OC – S.A. i M. K. oraz przedstawiciel powoda A. O. Uczestnicy spotkania byli zgodni co do tego, że odpowiedzialność za szkodę ponosi pozwana spółka, która jeszcze przed spotkaniem dokonała zgłoszenia szkody do H. S.A. M. C. był pracownikiem pozwanej i nie posiadał upoważnienia do składania w jej imieniu oświadczeń woli, nie był członkiem jej zarządu ani pełnomocnikiem. Powodowa spółka zajmuje się usługami restytucji szkód pożarowych. A. O. był w niej dyrektorem technicznym, nie był członkiem zarządu, ale został ustanowiony pełnomocnikiem zarządu do działań nad techniczną stroną pracy spółki i w ramach czynności tego nadzoru został upoważniony do jej reprezentowania jednoosobowo do kwoty 100.000 EURO. Powodowa spółka dowiedziała się o zgłoszeniu przez pozwaną szkody pożarowej w N. na spotkaniu w dniu 28 sierpnia 2007 r. od S. A. przedstawiciela spółki H. W. związku z pożarem istniało zagrożenie terminu wykonania hali i przeniesienia produkcji do Monachium, co skutkowałoby obciążeniem sprawcy szkody (jego ubezpieczyciela) odszkodowaniem z tego tytułu. Na spotkaniu w dniu 28 sierpnia 2007 r. A. O. przedstawił możliwości powodowej spółki w zakresie usunięcia szkód po pożarze hali w N. i poinformował, że jej wynagrodzenie za restytucję podobnej, lecz mniejszej hali wyniosło 1 mln zł. Po opuszczeniu przez niego spotkania do A. O. zadzwonił M. C. z pozwanej spółki z informacją, by powodowa spółka

przystępowała do prac restytucyjnych. Z kolei A. O. zadzwonił do swojego biura i polecił przesłanie pozwanej w drodze e-mailowej ogólnych warunków umowy, a na adres e-mailowy M. C. przesłanie cenników. Po godzinie pracownica pozwanej M. B. zawiadomiła telefonicznie A. O., że pozwana przesłała faksem zamówienie do powódki i zapoznała go telefonicznie z jego treścią. A. O. poprosił o jego sprecyzowanie przez dodanie zdania, że zlecenie zostanie wykonane na podstawie przekazanych cenników. Zlecenie wysłała do powódki J. B. zatrudniona w pozwanej spółce na stanowisku dyrektora zakupu. W dniu 28 sierpnia 2007 r. około godziny 14.00 M. C. polecił telefonicznie J. B. wysłanie zlecenia na czyszczenie hali M., bez podania jej szczegółów zlecenia. J. B. zrozumiała, że szczegóły te zostały ustalone na spotkaniu przez M. C. Po wysłaniu zlecenia otrzymała z sekretariatu plik dokumentów (rodzaj cennika) przesłany przez powodową spółkę drogą e-mailową. Tego samego dnia około godziny 16.30 J. B. otrzymała telefon od nieznanej osoby z powodowej spółki, która przekazała jej, że konieczne jest uzupełnienie zlecenia, w którym potwierdzone zostaną stawki cennika wschodnioeuropejskiego i zachodnioeuropejskiego, co stanowi warunek rozpoczęcia prac przez powódkę. J. B. sporządziła takie uzupełnienie i przesłała je do powodowej spółki pocztą elektroniczną. Po około miesiącu J. B. przekazała asystentce zarządu pozwanej zlecenie, które wcześniej przesłała powódce e-maila w sprawie jego uzupełnienia oraz otrzymane od strony powodowej cenniki. W dniu 28 sierpnia 2007 r. w siedzibie pozwanej nie było prezesa zarządu, ani asystentki zarządu. Zarząd był wówczas jednoosobowy, prezesem był M. H. J. B. nie była pełnomocnikiem pozwanej. W dniu 29 sierpnia 2007 r. powódka przystąpiła do prac restytucyjnych. Tego dnia w hali w N. odbyło się spotkanie w takim samym składzie jak poprzedniego dnia, a telefonicznie do rozmów włączył się M. H. Po konsultacji telefonicznej z M. C., pisemnie w dniu 30 sierpnia 2007 r. prezes zarządu pozwanej potwierdził zasadność złożenia przez powódkę zamówienia w firmie R. na montaż rusztowań niezbędnych do wyczyszczenia hali. Wartość tego zamówienia wynosiła 428.000 zł netto. Prace przy czyszczeniu hali odbywały się zgodnie z poleceniem prezesa zarządu pozwanej pod nadzorem jej pracownika, do którego należało m. innymi sprawdzanie list obecności pracowników i kontrola dostarczonych materiałów pod kątem zgodności z dokumentami dostawy. W dniu

10 września 2007 r. A. O. w imieniu powódki i Ar. O. w imieniu pozwanej podpisali protokół odbioru prac. Pozwana jako zlecająca prace nie wniosła zastrzeżeń co do ich zakresu i jakości wykonania. W dniu 17 września 2007 r. powódka wystawiła dwie faktury za wykonane prace - nr 200700298 na kwotę 3.434.074,59 zł, obejmującą pozycje: 2.371.693,12 zł personel, 61.280,10 zł wynajem maszyn i urządzeń, 319.952,32 zł zużycie materiałów, 65,479,84 zł koszty dojazdów, 618.669,21 zł podwykonawstwo i nr 20007000299 obejmującą kwotę 18.530, 10 zł z tytułu utylizacji odpadów. Na wniosek prezesa zarządu pozwanej lub jej właściciela przedłużono termin płatności tej faktury do dnia 12 października 2007 r. W dniu 12 października 2007 r. pozwana zawiadomiła powódkę o otrzymaniu od swojego ubezpieczyciela H. S.A. pisma stwierdzającego, że trwają prace weryfikujące wysokość obciążenia z faktur podnoszące nadto, iż zdaniem ubezpieczyciela między stronami nie doszło do ustalenia wartości prac.

Sąd Okręgowy ustalił na podstawie opinii biegłego, że szacunkowa wartość świadczenia powódki według średnich cen rynkowych uwzględniających uzasadnione nakłady pracy wynosi 680.000 zł netto, w tym obejmuje koszt wynajęcia rusztowań w wysokości 73.280 zł. Przyjął, że prezes zarządu pozwanej otrzymał po raz pierwszy od J. B. materiały przesłane przez powódkę w dniu 28 sierpnia 2007 r., a cenniki i ogólne warunki handlowe pod koniec września 2007 r. W podstawach dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy pominął, jako niewiarygodne zeznania M. C. i M. H. w części, w której twierdzili, że ten drugi nie wiedział, iż powódka dokonuje czyszczenia hali na zlecenie pozwanej.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy, w oparciu o art. 627 i 628 1 zd. 2 i 3 k.c., uznał powództwo za częściowo zasadne. Przyjął, że między stronami została zawarta umowa mająca za przedmiot oczyszczenie hali po pożarze, w której jednak strony nie ustaliły wysokości wynagrodzenia i nie wskazały podstaw jego ustalenia. Umowa została zawarta w czasie rozmowy telefonicznej między M. C. ze strony pozwanej i A. O. ze strony powodowej. M. C. nie był upoważniony do zawierania takich umów w imieniu pozwanej. Prezes zarządu pozwanej miał świadomość, że M. C. zlecił powódce w imieniu pozwanej czyszczenie hali i swoim zachowaniem akceptował to zlecenie. Nie można jednak przyjąć, że potwierdził tę umowę w zakresie sposobu obliczenia wynagrodzenia

powódki. Nie wiedział bowiem o stosowanych przez nią cennikach i nie znał ogólnych warunków handlowych powódki. Zostały one wprawdzie przesłane pozwanej pocztą elektroniczną, ale prezes pozwanej nie zapoznał się z nimi do końca września 2007 r. W ocenie Sądu Okręgowego nie można stwierdzić, że spełnione zostały przesłanki do zawarcia umowy określone w art. 97 k.c. J. B., która wysłała do powodowej spółki maila w sprawie akceptacji cenników, nie znajdowała się bowiem w lokalu spółki przeznaczonym do obsługi publiczności i nie była to czynność prawna zazwyczaj dokonywana z osobami korzystającymi z usług spółki, lecz umowa nietypowa. Po stronie powodowej umowę zawarł nieupoważniony do jej zawarcia A. O., ale nie budzi wątpliwości, że powódka potwierdziła tę umowę, o czym świadczy chociażby wytoczenie na jej podstawie powództwa. Przyjmując w oparciu o opinię biegłego szacunkową wartość świadczenia powodowej spółki według cen rynkowych w uprzednio wskazanej kwocie, Sąd Okręgowy odliczył od niej należność z tytułu wynajęcia rusztowania, a to wobec ustalenia, że w tym zakresie strony umówiły się odrębnie na kwotę 428.000, i doliczył ją w miejsce kwoty przyjętej z tego tytułu w opinii biegłego do szacunkowej wartości świadczenia, podwyższając ją o kwotę podatku VAT, co dało łącznie kwotę zasądzoną na rzecz strony powodowej. Sąd Okręgowy nie uwzględnił podniesionego przez stronę pozwaną i dotyczącego kosztów wynajmu rusztowania, zarzutu wykorzystania przez powódkę przymusowego położenia pozwanej, który oceniał na podstawie art. 388 § 1 k.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony zaskarżając go - powódka w części oddalającej powództwo, pozwana w części, w której zostało ono uwzględnione.

Sąd Apelacyjny rozpoznając sprawę, uwzględnił oddalony przez Sąd Okręgowy, wniosek powódki o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego na okoliczność wysokości wynagrodzenia należnego powódce za wykonaną usługę w oparciu o dokumentację kontraktu z uwzględnieniem stosowanego przez nią cennika usług oraz wyliczenia wynagrodzenia z uwzględnieniem cen wolnorynkowych. Na tej podstawie ustalił, że wartość robocizny wykonanej przez osoby zatrudnione przez powódkę według stosowanych przez nią cenników wynosi 1.555.208 zł netto po pomniejszeniu o współczynnik

ekspercki 0,8 przyjęty ze względu na długość pracy i spadek wydajności pracy w miarę upływu godzin pracy, wartość dojazdów pracowników 48. 837, 70 zł netto, wartość materiałów 262.256 zł netto, koszt wynajmu rusztowań 287.500 zł netto, wartość wynajmu innego sprzętu 47.837.70 zł netto, wartość usług podwykonawców 219.605,91 zł netto, wartość utylizacji odpadów 17.317,85 zł netto. Łącznie wartość usunięcia szkody wynosi 2.438.000 zł brutto. Według stawek wolnorynkowych kwota ta ulega zmianie w zakresie kosztów robocizny, dojazdów i wynosi łącznie 1.225.747,00 zł netto i 1.495.411,34 brutto. Sąd Apelacyjny dokonał nadto szczegółowych ustaleń dotyczących przebiegu i treści korespondencji mailową między pracownikami obu stron w dniu 28 sierpnia 2007 r. Powołał w nich fakty przesłania pozwanej przez M. B. drogą elektroniczną do wiadomości M. C. listy cen i ogólnych warunków handlowych firmy B., a w odpowiedzi na to przesłanie przez J. B. z siedziby pozwanej maila zlecającego, w nawiązaniu do ustaleń z M. C., usunięcie zanieczyszczeń po pożarze w hali nr 3 lakierni M. w N., z prośbą o udzielenia rabatu w wysokości minimum 5% oraz udzielenie terminu płatności 30 dni, a następnie wysłanie przez J. B. listu elektronicznego do M. K. wyrażającego akceptację różnych stawek cennika wschodnioeuropejskiego i zachodnioeuropejskiego.

Sąd Apelacyjny podzielił podnoszony przez powódkę zarzut naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 1 k.p.c. przez ustalenie, że prezes zarządu pozwanej dowiedział się o przesłanych cennikach i ogólnych warunkach handlowych powódki dopiero pod koniec września 2007 r., czemu – jak stwierdził - sprzeciwiają się inne ustalenia. Odmienne niż Sąd Okręgowy ocenił zeznania M. H. uznając za niewiarygodne w świetle zasad doświadczenia życiowego, że w krytycznej dla pozwanej sytuacji zagrożenia po pożarze wielomilionową karą umowną i koniecznej restytucji bardzo trudnej i rozległej szkody wszystko to działa się poza wiedzą prezesa zarządu pozwanej, nawet jeżeli przebywał on z powodu urlopu poza Polską. Stwierdził, że strona pozwana niewątpliwie wiedziała, że ponosi szkodę za skutek pożaru, o czym świadczy zgłoszenie do ubezpieczyciela. Trudno w takiej sytuacji, gdy sprawa ta być może decydowała o dalszym bycie spółki, dać wiarę M. C., że na spotkaniu, na które został skierowany przez pozwaną nie miał umocowania i działał bez zgody i wiedzy

prezesa zarządu. Podkreślił, że prezes pozwanej, uczestniczący w telefonicznych rozmowach przed przystąpieniem do usuwania szkody, w momencie kiedy w siedzibie pozwanej spółki znajdowały się cenniki i ogólne warunki handlowe powódki mógł i powinien zadać sobie pytanie ile będzie kosztować usunięcie szkody. Brak zatem racjonalnych powodów do przyjęcia, że tego nie zrobił, choćby w kontekście natychmiastowego delegowania pracowników na miejsce usuwania szkody. Prezes pozwanej pozostawał z tymi pracownikami kontakcie telefonicznym, a pozwana bez zastrzeżeń odebrała bez zastrzeżeń prace i faktury. Z tych przyczyn za uzasadnione uznał zarzuty apelacji powódki naruszenia art. 103 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. oraz art. 628 § 1 i art. 384 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu przez Sąd pierwszej instancji, że pozwana działając przez prezesa zarządu nie potwierdziła swoim późniejszym zachowaniem umowy, również w zakresie wskazania podstaw do ustalenia wynagrodzenia powoda w oparciu o cenniki wschodnioeuropejskie i zachodnioeuropejskie oraz ogólne warunki handlowe powódki. Oceniając krytycznie odmienne stanowisko Sądu Okręgowego Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że cena jest warunkiem niezbędnym umowy o dzieło, a jej nieustalenie przez strony musi oznaczać, że umowa nie została zawarta.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego między stronami doszło do zawarcia umowy, jednak w sposób odmienny niż przyjął to Sąd Okręgowy, bo w drodze negocjacji (art. 72 § 1 k.c.), których rozpoczęciem było pojawienie się przedstawiciela powódki na spotkaniu w dniu 28 sierpnia 2007 r. Tego samego dnia, częściowo w drodze telefonicznej, częściowo w formie mailowej strony doszły do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, o czym świadczy treść korespondencji wymienionej przez pracowników w siedzibie obu spółek, nieupoważnionych wprawdzie do ich reprezentowania, ale działających w warunkach art. 103 § 1 k.c. i niewątpliwie potwierdzonych przez zachowania osób uprawnionych do zawierania umów przez czynności faktyczne w rozumieniu art. 69 k.c. Za nieuzasadniony uznał Sąd Apelacyjny podnoszony przez pozwaną zarzut naruszenia art. 388 § 1 k.c., z uwagi na brak okoliczności świadczących o wyzysku. Kierując się powyższym Sąd Apelacyjny, w uwzględnieniu apelacji powódki wyrokiem z dnia 27 grudnia 2012 r. zmienił wyrok Sądu Okręgowego przez zasądzenie na jej rzecz kwoty 2.974,360 zł,



oddalił powództwo oraz apelację powódki w pozostałej części i oddalił apelację pozwanej.

Skargę kasacyjną wniosła pozwana spółka zaskarżając wyrok Sądu Apelacyjnego w części uwzględniającej powództwo w następstwie zmiany wyroku Sądu Okręgowego (pkt I. 1-4 ) i w części oddalającej apelację strony pozwanej (pkt II) oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania (pkt III). Zakres zaskarżenia kasacyjnego, jak wynika to z podstaw skargi i ich uzasadnienia nie obejmuje faktyczne pkt I. 2 wyroku, w którym oddalono powództwo w pozostałej części.

Oparta na obu ustawowych podstawach skarga formułuje zarzuty naruszenia:

- 1/ art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez brak dokonania jednoznacznych ustaleń faktycznych, jasnego wskazania dowodów, na których oparł się Sąd, brak kwalifikacji prawnej czynności stron i niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, co uniemożliwia dokonanie kontroli kasacyjnej wyroku,
- 2/ art. 235 § 1 i 236 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 382 k.p.c., art. 210 § 3 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 278 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez oparcie orzeczenia w zakresie określenia wysokości należnego powodowi wynagrodzenia w znacznej części na dowodach, których oba Sądy orzekające nie dopuściły i nie przeprowadziły, a których część zgromadzili biegli sądowi poza rozprawą,
- 3/ art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 233, poz. 1381), przez oparcie orzeczenia na dowodach z dokumentów, nie załączonych do pozwu i przedstawionych dopiero na pierwszej rozprawie,
- 4/ art. 103 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. na skutek błędnej subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod hipotezę tego przepisu tj. przyjęcie, że pozwana działając przez uprawnione do swojej reprezentacji osoby potwierdziła umowę z powódką m. innymi w zakresie zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia, a zwłaszcza zasad jego ustalenia, w tym wysokości stawek wynikających z cennika powódki,
- 5/ art. 72 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie wskutek wadliwej subsumcji stanu faktycznego pod hipotezę tego przepisu tj. przyjęcie, że strony zawarły umowę w drodze negocjacji, mimo, że na żadnym etapie i po żadnej stronie nie brały

w nich udziału osoby uprawnione do ich reprezentacji i mimo tego, że strony nie doszły do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy,  
6/ art. 627 k.c. w zw. z art. 628 § 1 k.c. przez błędną wykładnię na skutek uznania, że cena jest warunkiem niezbędnym umowy o dzieło, a jej brak musi oznaczać, że do umowy nie doszło, podczas gdy *essentialia negotii* umowy o dzieło jest wyłącznie zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia.

We wnioskach skargi pozwana domagała się uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego lub uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji powódki i w uwzględnieniu apelacji pozwanej oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na rzecz pozwanej kosztów postępowania za obie instancje i kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna przysługuje od orzeczenia sądu drugiej instancji, dlatego powoływane w niej zarzuty procesowe powinny odnosić się do postępowania przed tym sądem. Uchybienia procesowe sądu pierwszej instancji należą natomiast do materii zarzutów apelacyjnych, chyba że chodzi o naruszenie takich przepisów, które sąd w każdej instancji powinien z urzędu brać pod rozważenie. Do przepisów takich nie należy art. 479<sup>12</sup> k.p.c., którego naruszenie przez Sąd pierwszej instancji zarzuca skarżąca. Podniesienie w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia prawa procesowego przez sąd pierwszej instancji, może być przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy także wówczas jeżeli skarżący wytknął je w apelacji, a sąd drugiej instancji nie odniósł się do nich albo błędnie rozstrzygnął o ich zasadności. Zarzutu tego skarżąca jednakże w apelacji nie podnosiła i nie był on przedmiotem rozpoznania Sądu Apelacyjnego.

Jak przyjmuje się w judykaturze Sądu Najwyższego, przeprowadzenie dowodu bez wydania postanowienia przewidzianego w art. 236 k.p.c. z reguły nie jest uchybieniem mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, jeżeli pomimo braku postanowienia dowodowego okoliczności postępowania pozwalają na przyjęcie w dostatecznie pewny sposób, że zebrany i rozpatrzony materiał dowodowy będący podstawą merytorycznego orzekania podlegał regułom kontradiktoryjności procesu

(wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 maja 2005 r., III CK 613/04, z dnia 30 października 2008 r., II CSK 254/08, dnia 19 stycznia 2007 r. III CSK 368/06, niepubl.). W sprawie niniejszej zarzut naruszenia art. 235 § 1 i 236 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. mógłby być przypisany Sądowi Apelacyjnemu, który korzystając z takich dowodów (nie będących uprzednio podstawą ustaleń Sądu pierwszej instancji) jak m. innymi cenniki powódki i jej ogólne warunki handlowe poniechał wydania postanowienia dowodowego, którego nie wydał uprzednio także Sąd Okręgowy, pod warunkiem jednak wykazania przez skarżącą, że naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania w sprawie, chociażby poprzez ograniczenie prawa skarżącej do dowodzenia podnoszonych przez nią twierdzeń. Pozwany nie przytoczył jednak argumentacji mogącej potwierdzać taką tezę.

Wskazać przy tym trzeba, że sformułowana przez Sąd Apelacyjny teza dowodowa określająca zakres i podstawę sporządzenia opinii przez biegłego dająca wyraz temu, iż ma ona być sporządzona w oparciu o dowody wcześniej formalnie nie dopuszczone w postępowaniu przed tym sądem nie spotkała się zastrzeżeniem pozwanej przy wykorzystaniu art. 162 k.p.c. Utrata zaś na skutek sprekludowania prawa powoływania się na uchybienie, na które strona nie zwróciła uwagi sądowi we właściwym czasie, wyłącza możliwość oparcia na nim zaskarżenia orzeczenia, chociażby mogłoby ono mieć wpływ na jego treść.

W ramach zarzutów skargi sformułowanych na podstawie naruszenia prawa materialnego zasadnie skarżąca kwestionuje jako błędne zapatrywanie Sądu Apelacyjnego, że określenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy stanowi *essentialia negotii* umowy o dzieło. Wykładnia taka narusza przepis art. 628 k.c. w zw. z art. 627 k.c. Umowa o dzieło ma charakter odpłatny, obowiązkowi przyjmującego zamówienie wykonania dzieła odpowiada obowiązek zamawiającego zapłaty wynagrodzenia. Jeżeli strony w umowie nie określiły wysokości wynagrodzenia lub nie wskazały podstaw do jego ustalenia stosuje się zasady ustalenia wynagrodzenia wskazane w art. 628 § 1 k.c. Wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego, dla zawarcia umowy o dzieło nie jest konieczne ustalenie wysokości wynagrodzenia, wystarczające jest ustalenie odpłatnego charakteru umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2004 r., V CK 307/03, niepubl.). Nie ustalenie przez strony w okolicznościach sprawy wysokości należnego

powódce wynagrodzenia, ani sposobu jego określenia nie wyłączało tym samym możliwości przyjęcia, że doszło do zawarcia przedmiotowej umowy. Podkreślenia wymaga przy tym, że w razie ustalenia przez sąd że dzieło zostało wykonane nie można odmówić wykonawcy zasadzenia wynagrodzenia jedynie z powodu trudności dowodowych w jego precyzyjnym ustaleniu.

Zasadnie zarzuca skarżąca, że stanowisko Sądu Apelacyjnego który przyjął, że przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku prowadzonych przez strony negocjacji nie zostało, z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c., dostatecznie umotywowane zarówno pod względem faktycznym jak i prawnym. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku ograniczające się do przytoczenia art. 72 § 1 k.c. nie wyjaśnia bowiem przyjętego w nim sposobu wykładni tego przepisu i nie wskazuje przyczyn jego zastosowania w ustalonym stanie faktycznym. Nie pozwala to Sądowi Najwyższemu na dokonanie jego kontroli kasacyjnej pod kątem podniesionego w skardze zarzutów naruszenia art. 72 § 1 k.c. Nie można też odmówić racji pozwanej w zakresie, w jakim podnosi w skardze kasacyjnej, niedostatek ustaleń faktycznych, koniecznych dla przeprowadzenia oceny, czy przepis ten został właściwie zastosowany.

Strony mogą się umówić co do chwili zawarcia umowy, do której dochodzą w drodze negocjacji, określając ją odmiennie niż wynika to z ogólnej reguły interpretacyjnej zawartej w art. 72 k.c. Jednak umowa nie może być uznana za zawartą tak długo, jak długo strony nie uzgodniły postanowień przedmiotowo istotnych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., II CK 7/05, niepubl.). W razie braku takiej umowy, uzgodnienie koniecznych elementów umowy nie jest wystarczającą przesłanką do przyjęcia, iż umowa została zawarta. Zgodnie z art. 72 § 1 k.c. dopiero bowiem uzgodnienie wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem rokowań, stanowi podstawę do uznania, że doszło do jej zawarcia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r., III CKN 273/00, niepublik.).

Zastosowania art. 72 § 1 k.c. wymaga dokonania ustaleń we wskazanym zakresie, których nie zawiera zaskarżony wyrok.

Jako przedwczesny, bez uprzedniego rozstrzygnięcia wcześniej omówionych

kwestii, ocenić należy w tym stanie rzeczy wywieziony w ramach tej samej podstawy skargi zarzut naruszenia art. 103 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c.

Z tych względów na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., orzeczono jak w sentencji.