



Sygn. akt I CSK 198/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tadeusz Wiśniewski (przewodniczący)

SSN Antoni Górski

SSA Dariusz Dończyk (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa "N.(...)" Spółki z o.o. w W.
przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej "P.(...)" w W.
z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej - D.(...) S.A. w W.
o zapłatę i z powództwa wzajemnego Spółdzielni Mieszkaniowej "P.(...)" w W. przeciwko
"N.(...)" Spółce z o.o. w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 5 listopada 2008 r.,
skargi kasacyjnej pozwanej (powódki wzajemnej) od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia
6 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa (...),

uchyla zaskarżony wyrok w punktach: I (pierwszym), II (drugim) w części oddalającej apelację pozwanego głównego, III (trzecim) i IV (czwartym) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Powód - „N.(...)” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego - Spółdzielni Mieszkaniowej „P.(...)” w W. kwoty 30.492.674,87 zł z tytułu umowy o roboty budowlane z dnia 15 stycznia 1999 r. Na dochodzoną kwotę składały się: kwota 3.459.600,72 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie części robót budowlanych, kwota 9.254.091,42 zł z tytułu umownej waloryzacji wynagrodzenia, kwota 1.178.982,73 zł z tytułu zwrotu kaucji zatrzymanej przez pozwanego oraz kwota 16.600.000 zł z tytułu kary umownej w związku z bezzasadnym odstąpieniem przez pozwaną od umowy. Pozwany wniósł powództwo wzajemne o zapłatę kwoty 7.932.971 zł z tytułu kary umownej należnej w związku z odstąpieniem przez pozwanego od umowy łączącej strony z winy powoda. Pismem procesowym z dnia 15 listopada 2005 r. pozwany rozszerzył powództwo wzajemne do kwoty 16.600.000 zł. Interwencję uboczną po stronie pozwanego zgłosił „D.(...)” Spółka Akcyjna w W.

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2005 r. Sąd Okręgowy w W. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 12.713.692,14 zł z ustawowymi odsetkami od kwot szczegółowo określonych w tym wyroku i oddalił powództwo w pozostałym zakresie. Nadto z pozwu wzajemnego zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 16.600.000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 7.932.971 zł od dnia 8 września 2000 r. i od kwoty 8.667.029 zł od dnia 28 listopada 2005 r. do dnia zapłaty oraz oddalił powództwo wzajemne w pozostałej części.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 4 lutego 1998 r. pomiędzy pozwanym i interwenientem została zawarta umowa o realizację inwestycji w ramach zastępstwa inwestycyjnego oraz powierniczego wykonania czynności zleconych w zakresie zawierania umów o finansowanie i przydział lokali przewidzianych do realizacji. Stosownie do treści umowy, interwenient miał między innymi zlecać wykonanie robót budowlanych. Pozwany obowiązany był m.in. udzielać interwenientowi pełnomocnictw do działania w jego imieniu (inwestora). Rozliczenia miały być dokonywane pomiędzy pozwanym (inwestor), a interwenientem (określonym w tej umowie jako inwestor powierniczy). Pozwany udzielił interwenientowi pełnomocnictwa. W dniu 15 stycznia 1999 r. powód i pozwany – reprezentowany przez działającego na jego rzecz i w jego imieniu interwenienta ubocznego - zawarli umowę nr 11/00, na podstawie której, powód

miał wykonać zespół budynków biurowych, usługowych, mieszkalnych i garaży podziemnych „pod klucz” wraz z infrastrukturą techniczną dla „C.(...)” w W. u zbiegu ulic K. i B. Zakres rzeczowy, rozwiązania techniczne oraz standard wykonania określał załącznik Nr 1, a załącznik Nr 2 obejmował dokumentację. Zamawiający (interwenient) obowiązany był między innymi przekazywać sukcesywnie dokumentację techniczną. Realizacja zadania miała się rozpocząć 30 stycznia 1999 r., a zakończyć 30 stycznia 2001 r. Przy założeniu wykonania określonych obiektów ustalono wynagrodzenie umowne w kwocie 152.100.000 zł (wraz z VAT), którego wysokość miała być korygowana, od 1 stycznia 1998 r., miesięcznym wskaźnikiem inflacji ustalonym przez GUS. Rozliczenia miały być dokonywane fakturami częściowymi wystawianymi w oparciu o protokoły procentowego zaawansowania etapów robót potwierdzone przez inspektora nadzoru lub w braku potwierdzenia w oparciu o protokoły, a zapłata miała następować w formie przelewu z konta pozwanego. Po zawarciu umowy były sporządzone aneksy do umowy: nr 1 z dnia 29 lipca 1999 r., nr 2 z dnia 20 sierpnia 1999 r. oraz nr 3 z dnia 29 września 1999 r., w których ustalono wartość wynagrodzenia za część robót. Spisano również do umowy niedatowane porozumienie, w którym określono wysokość wynagrodzenia na kwotę 166.000.000 zł. Dnia 13 stycznia 2000 r. spisano uzgodnienie, w którym stwierdzono, że powód nie realizuje stanu wykończeniowego budynku mieszkalnego A. Strony uzgodniły zmianę wynagrodzenia za roboty dachowe, w związku ze zmianą projektu dachu. Powód zobowiązał się do przedłożenia zamiennego projektu dachu. W dniu 12 maja 2000 r. uzgodniono wykaz robót na dachu budynku - określonego jako M1. Dokumentacja techniczna była przekazywana sukcesywnie, na podstawie protokołów. Pismami z dnia 28 października 1999 r., 15 listopada 1999 r. oraz z dnia 21 sierpnia 2000 r. interwenient wzywał powoda do przedstawienia propozycji cenowych dla uzgodnionych zakresów robót w związku ze zmianą programu użytkowego obiektu. Powód przedstawił ofertę cenową pismem z 30 sierpnia 2000 r. Pismami z dnia 27 kwietnia 2000 r., 8 maja 2000 r. i 31 sierpnia 2000 r. interwenient wskazywał na opóźnienie robót, na co powód - pismem z dnia 6 września 2000 r. odpowiedział, że roboty przebiegają prawidłowo. W dniu 7 września 2000 r. interwenient złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zażądał zapłaty kary umownej w wysokości 7.932.971,84 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego, umowa z dnia 15 stycznia 1999 r. została zawarta pomiędzy powodem i pozwanym, w imieniu i na rzecz którego działał interwenient. Dlatego pozwany - jako strona umowy - ma legitymację bierną w procesie.

Powód żądał zapłaty wynagrodzenia (pełnego łącznie z 3% kaucją) określonego w fakturach: nr (...)8/2000 z dnia 18 sierpnia 2000 r. na kwotę 908.869,70 zł, nr (...)3/2000 z dnia 31 sierpnia 2000 r. na kwotę 1.251.696,70 zł, nr 114/2000 z dnia 10 listopada 2000 r. na kwotę 187.056,01 zł, nr 116/2000 z dnia 10 listopada 2000 r. na kwotę 1.111.979,31 zł. Warunkiem zapłaty wynagrodzenia było złożenie protokołu odbioru robót, co nie zostało zaprzeczone przez pozwanego i interwenienta. Zapłata miała nastąpić w terminie 14 dni od wpływu faktury. Ze względu na powyższe zasądził z tego tytułu kwotę 3.459.600,72 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w zapłacie po upływie 21 dni od daty wystawienia wymienionych faktur.

Zasadne było żądanie zapłaty na rzecz powoda łącznej kwoty 9.254.091,42 zł tytułem waloryzacji, której dotyczyło 18 faktur waloryzacyjnych: nr (...)0/2000 z dnia 28 kwietnia 2000 r., nr (...)1/2000 z dnia 2 kwietnia 2000 r., nr (...)2/2000 z dnia 28 kwietnia 2000 r., nr (...)3/2000 z dnia 28 kwietnia 2000 r., nr (...)4/2000 z dnia 28 kwietnia 2000 r., nr (...)5/2000 z dnia 28 kwietnia 2000 r., nr (...)4/2000 z dnia 31 sierpnia 2000 r., nr 9(...)/2000 z dnia 31 sierpnia 2000 r., nr (...)7/2000 z dnia 1 września 2000 r., nr (...)8/2000 z dnia 7 września 2000 r., nr (...)0/2000 z dnia 27 września 2000 r., nr (...)1/2000 z dnia 27 września 2000 r., nr (...)8/2000 z dnia 16 listopada 2000 r., nr (...)9/2000 z dnia 16 listopada 2000 r., nr (...)0/2000 z dnia 17 listopada 2000 r., nr (...)1/2000 z dnia 17 listopada 2000 r. Wysokość tego roszczenia nie była kwestionowana. Ponieważ w umowie nie określono terminu zapłaty faktur waloryzujących Sąd Okręgowy zasądził je zgodnie z żądaniem powoda.

Odnośnie do żądania zapłaty kwoty zatrzymanej przez pozwanego kaucji gwarancyjnej powód przedstawił 55 faktur, rozliczonych pomiędzy powodem i interwenientem. Zatrzymana kaucja stanowi łącznie 1.178.982,73 zł. Kaucja była przedmiotem cesji na rzecz osób trzecich. Powód przedstawił 2 cesje zwrotne dotyczące wierzytelności wcześniej scedowanych na E. K. Sąd Okręgowy uwzględnił te cesje zwrotne uznając za zasadne objęte nimi roszczenia, które obejmowało roszczenie dochodzone przez powoda w pozwie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, pozwany skutecznie odstąpił od umowy z uwagi na opóźnienie wykonania robót przez powoda. Dlatego bezzasadne było żądanie pozwu głównego w części obejmującej żądanie zapłaty kary umownej, natomiast było zasadne powództwo wzajemne. Określając wysokość wynagrodzenia, od którego należy liczyć karę umowną, Sąd Okręgowy przyjął wynagrodzenie przewidziane w porozumieniu dodatkowym. Odsetki za opóźnienie należały się od dnia 8 września 2000 r. tylko od

kwoty 7.932.971,84 zł, natomiast od pozostałej części, od pisma procesowego z dnia 28 listopada 2005 r.

Od wyroku Sądu Okręgowego w W. apelację wnieśli powód i pozwany. Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej żądanie zapłaty kwoty 16.600.000 zł tytułem kary umownej wraz z odsetkami ustawowymi oraz w części zasądzającej od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwoty 16.600.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami. W apelacji powód podniósł zarzut przedawnienia roszczenia o zapłatę kwoty 8.667.029 zł, o którą zostało rozszerzone powództwo wzajemne pismem z dnia 15 listopada 2005 r. Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej żądanie z pozwu głównego zapłaty kwoty 12.713.692,14 zł z ustawowymi odsetkami.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 6 grudnia 2007 r. zmienił wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 30 grudnia 2005 r. w ten sposób, że oddalił powództwo wzajemne w całości, oddalił apelację powoda głównego w pozostałej części oraz oddalił apelację pozwanego głównego w całości.

Sąd Apelacyjny wskazał, że rozpoznawana sprawa jako sprawa gospodarcza, toczyła się pod rządami przepisów k.p.c., w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 24 maja 2000 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 554). Mając na uwadze treść przepisów art. 479¹² § 1 i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., Sąd Apelacyjny dokonał analizy stanowisk stron i przebieg czynności procesowych dokonywanych z ich udziałem w płaszczyźnie obowiązków procesowych stron wynikających z tych przepisów. W zakresie pozwu głównego powód przedstawił twierdzenia uzasadniające uwzględnienie żądań zapłaty: wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z złożonymi fakturami w wysokości 3.459.600,72 zł, kwoty 9.254.091,42 zł stanowiącej umowną waloryzację należnego powódce wynagrodzenia oraz kwoty 1.178.982,73 zł z tytułu zatrzymanej kaucji umownej. Powód przedstawił także dowody, które uwiarygodniały twierdzenia w zakresie. Twierdzeniom tym nie zaprzeczył we właściwym terminie pozwany, co pozwalało uznać te fakty za przyznane przez pozwanego na podstawie art. 230 k.p.c. Twierdzenia i wnioski dowodowe złożone przez pozwanego już po wniesieniu odpowiedzi na pozew jako spóźnione, zostały przez Sąd Apelacyjny pominięte.

Żądanie zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wynika z treści umowy i należne jest każdemu wykonawcy. Błędne było stanowisko pozwanego, że wobec odstąpienia od umowy, wykonawcy nie należy się wynagrodzenie za już wykonane, a jeszcze nie zapłacone roboty. W takiej sytuacji na zamawiającym spoczywa obowiązek zapłaty wynagrodzenia za roboty już wykonane (do chwili

odstąpienia od umowy). Wynika to z ogólnej zasady wyrażonej w treści przepisu art. 647 „k.p.c.” (cytat z uzasadnienia) oraz treści art. 642 § 2 k.c. i 654 k.c. Żądanie to byłoby zasadne także w przypadku przyjęcia stanowiska, że w razie skutecznego odstąpienia od umowy do rozliczeń stron powinien mieć zastosowanie przepis art. 494 k.c. W sytuacji - jak ma miejsce w sprawie - gdzie jedna ze stron umowy (o roboty budowlane) spełnia świadczenie polegające na wykonywaniu określonych prac budowlanych, nie jest możliwy zwrot takiego świadczenia w naturze. Wobec tego zobowiązanie zwrotu w naturze przeradza się w zobowiązanie świadczenia pieniężnego, przy czym wysokość tego świadczenia powinna być ustalona stosownie do wartości spełnionego świadczenia w naturze - czyli, co do zasady, winna stanowić równowartość wykonanych robót budowlanych. Wartość tych robót może być ustalona stosownie do zasad, którymi kierowały się strony umowy o roboty budowlane. Jeżeli jednak jedna ze stron - inwestor - prezentowałaby stanowisko, że wartość tę należy ustalić stosownie np. do wartości rynkowej, powinna w procesie takie stanowisko przedstawić, a następnie uzasadnić, że wartość rynkowa odbiegałaby i w jaki sposób od wartości robót wynikającej z dotychczasowych ustaleń stron - to jest z dotychczasowej praktyki i zwyczajów. Pozwany w tym procesie takiego stanowiska co do wysokości wartości rynkowych robót w ogóle nie przedstawił, zatem uzasadnione było poprzestanie na twierdzeniach i dowodach przedstawionych przez powoda, odwołujących się do dotychczasowej umownej praktyki stron. Dlatego za bezzasadną został uznana apelacja pozwanego.

Za niezasadną uznał Sąd Apelacyjny apelację powoda w części kwestionującej oddalenie powództwa głównego w zakresie żądania zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kary umownej z tytułu nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez pozwanego. Ze stanowiska pozwanego, wynikającego z korespondencji jeszcze przed wytoczeniem powództwa, powód miał wiedzę, że - zdaniem pozwanego - powód spóźnił się z realizacją umowy w sposób uzasadniający odstąpienie od niej przez zamawiającego. Dlatego już w pozwie powód powinien był przedstawić dowody, które by wskazywały na sposób wykonywania umowy przez powoda. Następnie, skoro pozwany w odpowiedzi na pozew zaprzeczył twierdzeniom powoda w tym zakresie - przedstawiając własne twierdzenia co do opóźniania się powoda - powód powinien był najpóźniej w następnym piśmie procesowym przedstawić stosowne wnioski dowodowe, wskazując przyczyny, dla których zgłasza je z opóźnieniem. Powód nie uczynił zadość tym obowiązkom. Złożone z opóźnieniem przez powoda wnioski dowodowe nie powinny

być przeprowadzone przez Sąd pierwszej instancji. W konsekwencji w tym zakresie powództwo główne nie było zasadne, a apelacja powoda podlegała oddaleniu.

Sąd Apelacyjny uznał za uzasadnioną apelację powoda (pozwanego wzajemnie) w części dotyczącej rozstrzygnięcia o powództwie wzajemnym, które było oparte o treść § 7 ust. 7 umowy o roboty budowlane. Przyczyną odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego) była odmowa wykonania oraz nie wykonanie przez powoda (pozwanego wzajemnego) robót: ściany szczelinowej kotwicznej, robót „patio”, dachu budynku M1 i ścianek działowych. W chwili wnoszenia pozwu wzajemnego strony znały istotę sporu – dotyczącą przyczyn opóźnienia i zakresu robót wynikających z umowy. Powód wzajemny nie przedstawił jednak żadnych dowodów uzasadniających powództwo wzajemne, mogących prowadzić do wykazania: rzeczywistej treści umowy, wzajemnego zakresu obowiązków stron, rzeczywistego zakresu robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, oraz terminowości wykonania robót budowlanych zgodnie z umową. Pozwany wzajemny - w swojej odpowiedzi na pozew wzajemny - konsekwentnie zaprzeczał wszystkim twierdzeniom powoda wzajemnego w tym zakresie. W pozwie wzajemnym powód wzajemny nie wskazał dowodów, których przeprowadzenie mogłoby prowadzić do oceny skutków złożenia przez zamawiającego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy. Do tej oceny niezbędne było ustalenie: rzeczywistej treści umowy łączącej strony, z uwzględnieniem treści tzw. aneksów, stanowiących integralną część umowy. Bez tego ustalenia twierdzenia stron co do tego, czy wykonawca miał umowny obowiązek wykonania ścian szczelinowych i ścian stanu „0” oraz ścianek działowych, warstwy dachowej „patia” - pozostają zawieszony w próżni. Do ustalenia treści umowy nie wystarczy sam jej tekst i tekst tzw. aneksów. Treść ich nie jest jasna. Ciężar wykazania zakresu robót, których obowiązek wykonania spoczywał na powodzie wzajemnym. Aby ustalić rzeczywistą treść umowy - nie wystarczy zatem jej tekst, jak też treść i tekst pism stanowiących korespondencję stron - ale należy sięgnąć do źródeł osobowych, tak, aby wyjaśnić, zgodnie z regułami interpretacyjnymi zawartymi w art. 65 k.c., rzeczywisty zamiar i wolę stron. Żadna ze stron procesu w tym zakresie nie przejawiała we właściwym terminie stosownej inicjatywy dowodowej. Powód wzajemny - nie złożył stosownych wniosków dowodowych ani w pozwie wzajemnym, ani na rozprawie w dniu 30 lipca 2002 r., ani w kolejnym piśmie procesowym sygnowanym datą 15 sierpnia 2002 r., jak też w piśmie procesowym z dnia 30 września 2002 r.

Niezbędnym do rozstrzygnięcia o żądaniu kary umownej były ustalenia dotyczące rzeczywistego zaawansowania robót - w szczególności na dzień 7 września 2000 r. Niezbędnymi dowodami w tym zakresie były między innymi: dziennik budowy oraz opinia biegłego. Ta ostatnia stanowiła dowód tego, w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawca wykonywał, realizował umowę o roboty budowlane. Sąd Apelacyjny pominął również ten dowód, powołany przez obie strony procesu jako zgłoszony z opóźnieniem. Z treści postanowienia dowodowego wynika, że dowód ten został przeprowadzony wskutek złożenia spóźnionych wniosków dowodowych stron, a nie skutek decyzji Sądu mającej swoje źródło w treści przepisu art. 232 k.p.c.

Ponieważ żadna ze stron nie udowodniła, z zachowaniem rygorów określonych przepisami art. 479¹² § 1 oraz art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., prawdziwości swoich twierdzeń co do tego, czy wykonawca opóźnił się z wykonaniem umowy w sposób uzasadniający odstąpienie od niej przez zamawiającego - stosownie do treści art. 635 k.c. – brak było podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego. Niezależnie od powyższych ustaleń i ocen Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że odstąpienie od umowy w okolicznościach sprawy - mogło dotyczyć jedynie części tej umowy, w jakiej umowa nie została już wykonana przez wykonawcę. Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny uznał także za uzasadniony zarzut przedawnienia podniesiony przez powoda (pozwanego wzajemnego) w apelacji w zakresie żądania powództwa wzajemnego zasądzenia dalszej kwoty ponad kwotę 7.932.971,84 zł z tytułu kary umownej. Powód wzajemny wystąpił z tym roszczeniem w piśmie procesowym z dnia 15 listopada 2005 r. Umowa faktycznie przestała być wykonywana we wrześniu 2000 r. Zatem przy przyjęciu najbardziej korzystnego dla powoda wzajemnego początku biegu terminu przedawnienia na 1 stycznia 2001 r. - termin ten upłynął po upływie 2 lat, tj. w styczniu 2003 r.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną wniósł pozwany (powód wzajemny), który zaskarżył wyrok w części obejmującej punkt pierwszy – uwzględniający apelację powoda (pozwanego wzajemnego) - oraz punkt drugi – oddalający apelację pozwanego. Jako podstawy skargi kasacyjnej wskazano naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy:

- art. 227 k.p.c. i 245 k.p.c. poprzez zaniechanie oparcia ustaleń faktycznych w zakresie treści umowy, zakresu robót budowlanych do wykonania przez powoda, terminów wykonania świadczeń powoda i ich charakteru, zakresu robót wykonanych przez powoda do dnia odstąpienia od umowy, o dokumenty prywatne: dołączone do pozwu - umowę nr (...)/99 z dnia 15 stycznia 1999 r. z

- załącznikami, aneks nr I z załącznikami, dołączone do odpowiedzi na pozew - aneksy nr 2 i 3 z załącznikami, protokół z dnia 13 stycznia 2000 r. i ofertę powoda z dnia 30 sierpnia 2000 roku; dołączony do pozwu wzajemnego - protokół inwentaryzacyjny,
- nierozpoznanie istoty sprawy poprzez zaniechanie dokonania ustaleń co do skuteczności oświadczenia woli z dnia 7 września 2000 r. o odstąpieniu od umowy nr 11/99 z dnia 15 stycznia 1999 roku w odniesieniu do przesłanek określonych art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 k.c. - to jest naruszenie art. 386 § 1 oraz 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., a także art. 233 § 1 k.p.c., spowodowane zaniechaniem dokonania ustaleń faktycznych w zakresie okoliczności: - czy w zakresie przedmiotowy umowy nr (...)/99 wchodziło wykonanie przez powoda: warstw dachowych nad budynkiem C, warstw dachowych patia, izolacji obwodowych ścianki szczelinowej i ścian stanu 0, - czy w zakresie powyższych robót wykonawca wykonywał dzieło zgodnie z umową, a jeśli nie to, czy za taki stan rzeczy ponosił odpowiedzialność,
 - art. 232 i 299 k.p.c. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków i przesłuchania stron na okoliczność zamiaru i woli stron przy zawieraniu umowy oraz aneksów i porozumień,
 - nierozpoznanie istoty sprawy poprzez zaniechanie dokonania ustaleń co do podzielności świadczenia powoda wynikającego z umowy o roboty budowlane nr 11/99 z dnia 15 stycznia 1999 r., to jest naruszenie art. 386 § 1 oraz 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.,
 - art. 230 k.p.c. przez uznanie za przyznane twierdzeń powoda, że wykonał roboty, za które dochodził wynagrodzenia i że przysługuje mu roszczenie o umówione wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ujęte w przedstawionych fakturach, w tym waloryzacyjnych - przy uwzględnieniu wysokości zatrzymanej kaucji gwarancyjnej - przy jednoznacznym zaprzeczeniu wszelkim twierdzeniom powoda w odpowiedzi na pozew,
 - art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie rozważenia materiału dowodowego w zakresie robót wykonanych przez powoda - przy pominięciu dokumentu prywatnego - protokołu komisji z inwentaryzacji robót,
 - art. 479¹⁴ § 1 i 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i uwzględnienie zarzutu pozwanego wzajemnego przedawnienia roszczenia w zakresie rozszerzonego powództwa wzajemnego, pomimo nie zgłoszenia takiego zarzutu przez

pozwanego wzajemnego, ani w odpowiedzi na rozszerzone powództwo, ani wcale w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

Jako podstawę skargi kasacyjnej wskazano także naruszenie prawa materialnego:

- art. 494 k.c. przez jego błędną wykładnię, polegającą na tym, że nie stanowi on podstawy dla odpadnięcia umowy, od której skutecznie odstąpiono jako prawnej podstawy świadczeń stron,
- art. 405 w zw. z art. 410 § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie jako podstawy prawnej mającej zastosowanie do oceny roszczeń powoda oraz art. 647, art. 642 § 2 i art. 654 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie jako prawnej podstawy roszczeń,
- art. 65 k.c. przez błędną wykładnię łączącej strony umowy i ustalenie, że kwoty dochodzone przez powoda pod tytułem waloryzacji i zwrotu zatrzymanej kaucji gwarancyjnej w swojej istocie nie stanowią umówionego wynagrodzenia powoda za wykonane roboty budowlane,
- art. 6 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i obciążenie pozwanej ciężarem dowodowym wykazywania wartości robót wykonanych przez powoda, w okolicznościach niewykazania przez powoda zakresu wykonanych przez niego robót budowlanych.

Pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części oraz jego zmianę w punkcie II przez oddalenie apelacji powoda głównego w całości i zmianę wyroku sądu I instancji w punkcie I.1 przez oddalenie powództwa głównego w całości. Po wniesieniu skargi kasacyjnej pozwany podniósł w piśmie procesowym zarzut nieważności postępowania przed Sądem drugiej instancji wynikający z niewłaściwego umocowania pełnomocnika powoda przez osobę, która w chwili odwołania działających w imieniu powoda pełnomocników procesowych oraz powołania nowego pełnomocnika procesowego, nie wchodziła w skład zarządu powodowej spółki, gdyż jej mandat wygasł według art. 202 § 2 k.s.h.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 398¹³ § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania. Z powyższego przepisu

wynikał obowiązek rozważenia przez Sąd Najwyższy podniesionego przez pozwanego zarzutu nieważności postępowania, mimo że zarzut ten nie został sformułowany w skardze kasacyjnej, lecz został podniesiony już po jej wniesieniu. Zarzut nieważności dotyczył wadliwego umocowania pełnomocnika procesowego powoda (pозwanego wzajemnego), tj. strony, która nie wniosła skargi kasacyjnej. Okoliczność, że ewentualne naruszenie przepisów postępowania skutkujące nieważnością postępowania dotyczyło interesów strony, która nie wniosła skargi kasacyjnej, było bez znaczenia dla badania z urzędu nieważności postępowania przed Sądem drugiej instancji, albowiem rozważenie zarzutu nieważności postępowania następuje bez względu na to, interesów której strony dotknęły skutki wynikające z nieważności postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2006 r., I PK 124/06, OSNP z 2008 r., nr 3-4, poz. 27, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 1997 r., III CKN 6/97, niepubl.). Podniesione przez pozwanego okoliczności faktyczne zmierzały do wykazania nieważności postępowania na podstawie art. 379 pkt 2 k.p.c. w związku z treścią przepisu art. 202 § 1 k.s.h., według którego, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu. Skoro więc w dniu 28 stycznia 2004 r. powołano na członka zarządu powodowej spółki G. S., jego mandat – według zarzutu pozwanego - wygasł z chwilą zatwierdzenia sprawozdania finansowego spółki za rok obrotowy 2005. W konsekwencji G. S. nie był umocowany do wypowiedzenia w październiku i listopadzie 1997 r. pełnomocnictw dotychczasowym pełnomocnikom powoda (adw. S. L. oraz adw. G. K.), jak również do udzielenia pełnomocnictwa procesowego w dniu 2 listopada 2007 r. r. pr. B. K. Ze stanowiska pozwanego wynika, że zatwierdzenie sprawozdania finansowego zarządu za rok 2005 nastąpiło w dniu 26 czerwca 2006 r., co potwierdzałoby zasadność podniesionego przez pozwanego zarzutu nieważności postępowania. Brak należytego umocowania pełnomocnika strony jest jednak brakiem usuwalnym, na skutek zatwierdzenia przez stronę czynności procesowych dokonanych przez wadliwie umocowanego pełnomocnika procesowego, chyba że pełnomocnikiem jest osoba, która być nim nie może (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r., III CZP 154/07, Biuletyn Sądu Najwyższego Nr 7 z 2008 r.). Czynności procesowe pełnomocnika powoda r. pr. B. K. zostały potwierdzone oświadczeniem G. S. z dnia 10 października 2008 r. złożonym po powołaniu go uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 10 października 2008 r. do zarządu powodowej spółki i powierzeniu mu funkcji prezesa

zarządu. Tym samym podniesiony zarzut nieważności postępowania przed Sądem drugiej instancji wywodzony z nienależytego umocowania pełnomocnika procesowego powoda nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nieważność postępowania z przyczyn określonych w art. 379 pkt 2 k.p.c. obejmuje nie tylko sytuację, gdy stronę reprezentował nienależycie umocowany pełnomocnik procesowy, ale także sytuację, gdy strona nie miała organu uprawnionego do jej reprezentowania niezależnie od tego, czy w imieniu tej strony działał pełnomocnik procesowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2006 r., I CSK 224/06, niepubl.). Znajdujący się w aktach sprawy materiał dowodowy nie pozwalał na etapie postępowania kasacyjnego na dokonanie stanowczego ustalenia, że w okresie trwania postępowania przed Sądem drugiej instancji powód nie miał organu w postaci zarządu spółki - uprawnionego do jej reprezentacji. Przyjęcie takiego ustalenia wymagałoby przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność treści umowy powodowej spółki, treści podejmowanych uchwał Zgromadzenia Wspólników w przedmiocie powołania członków zarządu powodowej spółki, jak również zatwierdzania sprawozdań finansowych zarządu spółki. Przedstawione – w odpowiedzi na podniesiony zarzut nieważności postępowania - przez stronę powodową materiały, miały postać niepoświadczonych za zgodność z oryginałami odbitek kserograficznych dokumentów, co wykluczało dokonywanie na ich podstawie stanowczych ustaleń faktycznych. Analiza treści przedstawionych dowodów budzi wątpliwości co do braku istnienia zarządu w okresie trwania postępowania przed Sądem drugiej instancji w sytuacji, gdy z ich treści wynika, że w tym czasie były przyjmowane sprawozdania z działalności zarządu oraz sprawozdania finansowe spółki. Mimo że Sąd Najwyższy na etapie postępowania kasacyjnego może i to z urzędu przeprowadzić dowody związane z badaniem zarzutu nieważności postępowania, to jednak nie jest zobowiązany do poszukiwania dowodów dla potwierdzenia takiego zarzutu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 416/98 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2006 r., I PK 124/06), tym bardziej w sytuacji, gdy domniemane uchybienie nie dotyczyło strony skarżącej, a strona przeciwna zaprzeczyła jakoby nie miała organu uprawnionego do działania w jej imieniu, co potwierdza wpis dokonany w Krajowym Rejestrze Sądowym, z którym związane jest domniemanie jego zgodności z prawdą (art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym – Dz. U. Nr 168, poz. 1186 ze zm.).

Sąd Apelacyjny pominął znaczną część dowodów przeprowadzonych w sprawie przez Sąd pierwszej instancji powołując się na treść przepisów art. 479¹² § 1 i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. ustanawiających tzw. prekluzję procesową dotyczącą możliwości podnoszenia przez strony okoliczności faktycznych, dowodów oraz zarzutów. Zastosowanie rygorów, wynikających z tych przepisów w postępowaniu w sprawach gospodarczych, nie jest uzależnione od znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy powołanych z opóźnieniem przez strony faktów i dowodów, jak również zgłoszonych zarzutów (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03, OSNC z 2005 r., nr 5, poz. 77 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2006 r., III CZP 63/06, OSNC z 2007 r., nr 6, poz. 88). Dlatego nie może uzasadniać podniesionego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia art. 232 oraz art. 299 k.p.c. pominięcie przeprowadzenia przez Sąd drugiej instancji z urzędu postępowania dowodowego z zeznań świadków oraz dowodu z przesłuchania stron tylko to, że ustalenie prawdy materialnej nie było możliwe ze względu na to, że strony z uchybieniem terminów przewidzianych w art. 479¹² § 1 k.p.c. i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. powołały określone fakty i dowody. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że ustawodawca pozostawił stronom uprawnienia procesowe umożliwiające ustalenie przez sąd tzw. prawdy materialnej poprzez możliwość zgłaszania faktów i dowodów na ich potwierdzenie, ale w określonym terminie wynikającym wprost z przepisów procesowych.

Pominięcie części materiału dowodowego przez Sąd drugiej instancji nie może być skutecznie kwestionowane w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Według art. 398³ § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące oceny dowodów. Funkcją Sądu Najwyższego w ramach rozpoznawania skargi kasacyjnej nie jest dokonywanie ustaleń faktycznych, ani ocena dowodów, co należy do sądu pierwszej i drugiej instancji, lecz ocena naruszeń prawa procesowego bądź materialnego przez sąd drugiej instancji. Przepis art. 398³ § 3 k.p.c. nie określa wprost przepisów procesowych, których naruszenie nie może stanowić zarzutu uzasadniającego podstawę skargi kasacyjnej. Należy do tych przepisów zaliczyć przepis art. 233 § 1 k.p.c., który dotyczy wprost zasad, według których sąd dokonuje oceny dowodów. Z tego względu podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może być przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w ramach skargi kasacyjnej. Pominięcie części dowodów przeprowadzonych w sprawie może natomiast uzasadniać zarzut naruszenia innych przepisów procesowych podlegających kontroli Sądu Najwyższego,

w szczególności art. 382 k.p.c., czy też art. 378 § 1 k.p.c. ze względu na treść zarzutów zawartych w apelacji. Takich zarzutów nie podniesiono jednak w skardze kasacyjnej pozwanego. W tym kontekście za niezasadny należy także uznać zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. Przepis art. 227 k.p.c. określa bowiem fakty, które powinny być przedmiotem dowodu. Zarzut naruszenia tego przepisu wiąże się z uznaniem pewnych faktów za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, gdy w rzeczywistości fakty te takiego waloru nie mają względnie uznaniem, że pewne fakty są nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy, a w konsekwencji takiej kwalifikacji, pominięcie przeprowadzenia zgłoszonych dowodów w celu ustalenia tych faktów. Tymczasem kwalifikacja przez sąd drugiej instancji faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy była prawidłowa. Sąd drugiej instancji uznał bowiem za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy: ustalenie treści umowy, w tym przewidzianych w niej zakresu świadczeń obu stron, nadto ustalenie zakresu robót wykonanych przez powoda. Inną natomiast rzeczą jest to, że faktów tych w pełnym zakresie Sąd Apelacyjny nie ustalił, mimo przeprowadzenia dowodów na te istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktyczne. Sąd Apelacyjny nie naruszył przepisu art. 227 k.p.c. przez to, że zaniechał oparcia ustaleń faktycznych w oparciu o dowody załączone do pozwu i pozwu wzajemnego. Sąd ten powołując się na prekluzję dowodową pominął bowiem inne dowody, a nie te które zostały załączone do pozwu i pozwu wzajemnego. Pominięcie przez Sąd części materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie może uzasadniać naruszenia przepisu art. 382 k.p.c., a nie przepisu art. 227 k.p.c. Zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. w skardze kasacyjnej nie został podniesiony. Wbrew też zarzutowi skargi kasacyjnej Sąd Apelacyjny nie naruszył przepisu art. 245 k.p.c. Przepis ten wprowadza domniemanie, że osoba, która złożyła podpis pod dokumentem prywatnym złożyła oświadczenie o treści ujętej w tym dokumencie. Sąd Apelacyjny nie dokonał w sprawie ustaleń faktycznych sprzecznych z domniemaniem wynikającym z tego przepisu, w szczególności nie ustalił, że dokumenty załączone do pozwu i pozwu wzajemnego zostały podpisane przez inne osoby, niż te które złożyły pod nimi podpisy, ani też nie przyjął, aby treść tych dokumentów nie odzwierciedlała oświadczeń złożonych przez te osoby. Przepis art. 245 k.p.c. nie określa mocy dowodowej dokumentu prywatnego, w konsekwencji dopiero ocena treści dokumentu, z uwzględnieniem kryteriów zawartych w art. 233 § 1 k.p.c., pozwala ocenić wiarygodność i moc dowodową dokumentu, a w konsekwencji fakty, które dowód ten może wykazać. Powyższe nie podlega jednak kontroli w ramach skargi kasacyjnej.

Przepis art. 328 § 2 k.p.c. określa elementy, które powinno zawierać uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji. Poprzez art. 391 § 1 k.p.c. przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do uzasadnienia wyroków sądu drugiej instancji. Uzasadnienie to powinno więc odpowiednio zawierać wskazanie podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia z uwzględnieniem podniesionych w apelacji zarzutów. Naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być podstawą skutecznego zarzutu skargi kasacyjnej wyjątkowo, a mianowicie, gdy treść uzasadnienia sądu drugiej instancji jest na tyle wadliwa, że uniemożliwia przeprowadzenie kontroli kasacyjnej rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2007 r., V CSK 364/06, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2005 r., IV CK 122/05, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., II UKN 446/00, OSNP z 2003 r., nr 7, poz. 182). Taka sytuacja zachodzi w sprawie, gdyż uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji nie zawiera wskazania pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, jak również zawiera fragmentaryczną ocenę prawną ustalonego stanu faktycznego.

Każdy wyrok sądu, w tym także sądu drugiej instancji, powinien opierać się na określonej podstawie faktycznej (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC z 2008 r., nr 6, poz. 55, uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC z 1999 r., nr 7-8, poz. 124). Ustalenie faktyczne są niezbędne do dokonania subsumcji tego stanu faktycznego do norm prawa materialnego mających zastosowanie do oceny żądania zawartego w pozwie. Określenie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia przez sąd drugiej instancji może polegać na wskazaniu tych elementów stanu faktycznego, które ustalił prawidłowo sąd pierwszej instancji. Precyzyjne odniesienie się przez Sąd Apelacyjny do ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji było tym bardziej uzasadnione w sytuacji, gdy Sąd Apelacyjny pominął część dowodów, które przeprowadził sąd pierwszej instancji. Uwzględnienie przez sąd drugiej instancji skutków prawnych wynikających z prekluzji procesowej nie zwalniało tego sądu od dokonania w sprawie ustaleń faktycznych na podstawie dowodów zgłoszonych przez strony w terminie. Ustalenia te powinny jednoznacznie wynikać z pisemnego uzasadniania wyroku sądu drugiej instancji z uwagi na treść art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Z ustaleń zawartych w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji zaskarżonego skargą kasacyjną wynika jedynie, że strony łączyła umowa, która została częściowo wykonana przez powoda – w

zakresie opisanym w fakturach stanowiących podstawę żądania zapłaty wynagrodzenia za częściowo wykonane roboty. Ponadto z ustaleń faktycznych Sądu Apelacyjnego wynika, że pozwany odstąpił od tej umowy oświadczeniem z dnia 7 września 2000 r. Ustalenia dotyczące zakresu robót wykonanych przez powoda zostały dokonane na podstawie art. 230 k.p.c., którego to naruszenie przez sąd drugiej instancji nie może stanowić podstawy skutecznego zarzutu kasacyjnego (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2006 r., V CSK 146/06, niepubl. oraz 30 sierpnia 2006 r., I CSK 189/06, niepubl.). Przepis ten stanowi jedną z podstaw dokonywania ustaleń faktycznych sądu na podstawie innych źródeł niż przeprowadzone dowody. Mimo powyższego dokonując takich ustaleń faktycznych sąd bierze pod uwagę „wyniki całej rozprawy”, a więc w jakimś zakresie uwzględnia ocenę dowodów przeprowadzonych w sprawie. Kwestionowanie ustaleń faktycznych dokonanych na podstawie art. 230 k.p.c. stanowi więc pośredni element krytyki poprawności oceny materiału dowodowego przeprowadzonego przez sąd drugiej instancji. Ponadto, zgodnie z art. 398³ § 3 k.p.c., podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustaleń faktycznych. Należy więc uznać, że nie może być przedmiotem oceny Sądu Najwyższego, czy zasadne było dokonanie określonego ustalenia faktycznego przez sąd drugiej instancji z powołaniem się na przepis art. 230 k.p.c. albowiem w ten sposób zarzut dotyczy ustaleń faktycznych, którymi – jak stanowi przepis art. 398¹³ § 2 k.p.c. - jest związany Sąd Najwyższy. Zasadnie jednak podnosi się w skardze kasacyjnej, że Sąd Apelacyjny, mimo że rozstrzygał o żądaniach powoda i pozwanego wzajemnego wywodzonych z umowy z dnia 15 stycznia 1999 r. zaniechał dokonania szczegółowych ustaleń dotyczących treści umowy łączącej strony, w tym ustalenia obowiązków umownych stron: rodzaju i zakresu obowiązków umownych powoda, warunków płatności wynagrodzenia przez pozwanego, charakteru świadczenia umownego powoda (jego podzielności), zasad i warunków rozliczeń kaucji, sposobu dokonywania rozliczeń waloryzacyjnych oraz warunków i zasad dotyczących odstąpienia od umowy. Sąd Apelacyjny zaniechał także ustalenia, czy część robót budowlanych, wymienionych w oświadczeniu z dnia 7 września 2000 r. o odstąpieniu od umowy, wchodziła w skład zakresu rzeczowego robót, które miał wykonać powód (pозwany wzajemny). Ocena zakresu wykonania robót przez powoda (pозwanego wzajemnego) w chwili odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego) nie była możliwa bez wcześniejszego ustalenia treści umowy łączącej strony odnośnie zakresu rzeczowego robót, jakie miał wykonać powód (pозwany wzajemnie) i przewidzianych terminów ich

wykonania. Należy mieć przy tym na względzie, że pozwany wzajemny zaprzeczył, aby część robót, które zdaniem powoda wzajemnego nie zostało wykonanych, w ogóle była objęta zakresem robót, które pozwany wzajemny miał wykonać. Tym samym pomiędzy stronami nie było sporne, że część robót, których niewykonanie było podstawą odstąpienia od umowy przez powoda wzajemnego: ściany szczelinowe i ściany stanu „0” oraz ścianki działowe, nie zostało wykonanych. Sporne natomiast było, czy roboty te były objęte zakresem robót, które miał wykonać powód (pozwany wzajemny). Ustalenia tego spornego ustalenia faktycznego, istotnego dla oceny skuteczności odstąpienia od umowy przez powoda wzajemnego, zaniechał Sąd Apelacyjny. Pozwany wzajemny przyznał także, że części robót nie wykonał w terminie – przy dachu na budynku M1, ściany murowane tworzące odbudowę szachtów wentylacyjnych i instalacyjnych, a jedynie podniósł, że zachodziły przyczyny usprawiedliwiające to opóźnienie.

Zasadnie podniesiono w skardze kasacyjnej, że Sąd Apelacyjny nie dokonał jednoznacznej oceny prawnej skutków złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, co ma znaczenie dla rozstrzygnięcia nie tylko o powództwie wzajemnym, ale także o powództwie głównym, w tym sensie, że może mieć wpływ na podstawę prawną, w oparciu o którą należy ocenić to powództwo. Z jednej bowiem strony Sąd drugiej instancji rozstrzygając o apelacji pozwanego wzajemnego - w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego powództwa wzajemnego - uznał, że powód wzajemny nie wykazał, aby miał podstawy do odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia wykonania robót przez pozwanego wzajemnego, z drugiej zaś strony rozstrzygając o apelacji powoda - w zakresie kwestionującym oddalenie powództwa głównego - Sąd Apelacyjny uznał, że nie było zasadne żądanie powoda oparte na zarzucie bezzasadnego odstąpienia od umowy przez pozwanego. Pomędzy tak motywowanymi rozstrzygnięciami zachodzi logiczna sprzeczność, wynikająca z braku jednolitej oceny Sądu Apelacyjnego istnienia podstaw do odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego). Rozstrzygając o powództwie głównym w części obejmującej żądanie zwrotu kaucji oraz zapłaty kwoty tytułem waloryzacji wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny ograniczył się jedynie do analizy stanowisk stron względem twierdzeń faktycznych dotyczących tych żądań i nie odniósł się w ogóle do podstawy prawnej uzasadniającej uwzględnienie tego żądania. Uznając, że w każdym wypadku odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez inwestora wykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty już wykonane Sąd Apelacyjny nie odniósł się także do kwestii podzielności świadczenia wykonawcy robót budowlanych uznając bez

odniesienia się do treści art. 379 § 2 k.c. w związku z art. 647 k.c. i treści umowy łączącej strony.

Sąd Apelacyjny nie dokonał wykładni treści umowy z dnia 15 stycznia 1999 r. łączącej strony, zgodnie z regułami zawartymi w art. 65 § 2 k.c., z uwzględnieniem treści późniejszych zmian tej umowy na podstawie dowodów zaoferowanych we właściwym czasie przez strony. Od obowiązku tego nie zwalniało Sądu to, że analiza treści dokumentów zawierających tekst umowy i jej późniejszych zmian, budziła wątpliwości interpretacyjne Sądu. W przypadku powzięcia takich wątpliwości przez sąd dopiero na etapie postępowania odwoławczego nie było wykluczone dopuszczenie przez sąd dowodów z urzędu na podstawie art. 232 k.p.c. w celu usunięcia tych wątpliwości interpretacyjnych. Prekluzja procesowa, wynikająca z art. 479¹² § 1 k.p.c. i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., nie wyklucza możliwości przeprowadzenia przez sąd dowodów z urzędu na podstawie art. 232 k.p.c., gdy sąd na podstawie oceny zgłoszonych przez strony w terminie dowodów z dokumentów, zawierających treść umowy, uzna, że jej interpretacja budzi wątpliwości, od czego należy odróżnić sytuację, gdy z dokumentów tych dowodzony przez jedną ze stron fakt w ogóle nie wynika. Należy mieć bowiem na uwadze to, że strona nie ma obowiązku zgłaszania dowodów na wypadek, gdyby sąd powziął wątpliwości co do określonej interpretacji treści oświadczeń woli ujętych w dowodach z dokumentów.

Zasadnie zarzucono naruszenie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. na skutek uwzględnienia przez Sąd Apelacyjny podniesionego z opóźnieniem (dopiero w apelacji) przez pozwanego wzajemnego zarzutu przedawnienia roszczenia zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 15 listopada 2005 r., w którym powód wzajemny rozszerzył pozew wzajemny z kwoty 7.932.971 zł do kwoty 16.600.000 zł. Obecnie możliwość rozszerzenia powództwa w sprawach gospodarczych jest uregulowana w przepisie art. 479⁴ § 2 k.p.c. w brzmieniu nadanym mu przez art. 1 pkt 19 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. (Dz. U. Nr 235, poz. 1699). Do czasu wejścia w życie tych przepisów, tj. do dnia 20 marca 2007 r., przyjmowano, że w postępowaniach gospodarczych dopuszczalna jest zmiana powództwa na podstawie przepisów ogólnych – art. 193 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2006 r., II CSK 143/05, niepubl. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., IV CSK 298/05, niepubl.). W przypadku pisma procesowego modyfikującego powództwo miał zastosowanie reżym prawny wynikający z art. 479¹² § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., I CSK 298/05). Regułę tę należy również odpowiednio stosować także do pism

procesowego modyfikującego powództwo wzajemne. W konsekwencji – zważywszy na konieczność zachowania symetrii w prawach i obowiązkach obu stron – również należy przyjąć, że pozwany wzajemny miał obowiązek zgłosić, zgodnie z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w związku z art. 479¹⁴ § 1 k.p.c., w terminie 14 dni w odpowiedzi na to pismo wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, iż ich powołanie w odpowiedzi na to pismo nie było możliwe, albo, że potrzeba powołania wynikła później. Po doręczeniu odpisu pisma procesowego powoda wzajemnego z dnia 15 listopada 2005 r. pozwany wzajemny nie podniósł w terminie 14 dni w odpowiedzi na to pismo, ani do czasu zakończenia postępowania przed sądem pierwszej instancji, zarzutu przedawnienia roszczenia powoda wzajemnego, o które rozszerzono powództwo wzajemne. Przepis art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. nie określa rodzajów zarzutów, których prawo podnoszenia traci pozwany na skutek uchybienia terminowi przewidzianemu w tym przepisie. Zdaniem Sądu Najwyższego, zważywszy na szczególną regulację prawną zawartą w art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w odniesieniu do spraw gospodarczych, uzasadnione jest przyjęcie, że prekluzją procesową, o której mowa w tym przepisie, objęty jest także zarzut przedawnienia roszczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2004 r., III CK 442/03). W konsekwencji pozwany wzajemny stracił prawo podniesienia zarzutu przedawnienia dopiero w postępowaniu apelacyjnym.

Wskazane uchybienia procesowe sądu drugiej instancji mogły mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Zważywszy na to, że skarga kasacyjna została oparta na uzasadnionej podstawie naruszenia przepisów prawa procesowego stało się nieaktualne rozpatrzenie podniesionych w skardze kasacyjnej zarzutów naruszenia prawa materialnego albowiem zarzuty te aktualizują się wtedy, gdy ustalony w postępowaniu apelacyjnym przez sąd drugiej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., II CKN 60/97, OSNC z 1997 r., nr 9, poz. 128. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 18/97, OSNC z 1997 r., nr 7, poz. 112). W szczególności dotyczy to zarzutów naruszenia prawa materialnego polegających na błędnym zastosowaniu przepisów prawa w stosunku do stanu faktycznego, który w sposób pewny nie został ustalony. Wobec braku ustaleń faktycznych niezbędnych do dokonania oceny prawnej skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego nie sposób rozstrzygnąć na obecnym etapie postępowania, czy w sprawie będzie miał zastosowanie do rozliczeń między stronami przepis art. 494 k.c., a w konsekwencji

także art. 405 k.c. w związku z art. 410 § 2 k.c., do oceny roszczeń powoda zamiast przyjętych przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 647 k.c., art. 642 § 2 k.c. i art. 654 k.c. Zakres czasowy odstąpienia od umowy przez pozwanego (czy było ono dokonane *ex tunc*, czy też *ex nunc*) zależy przede wszystkim od analizy treści samej umowy łączącej strony, w której można przewidzieć, że odstąpienie od umowy będzie działało tylko *ex nunc* (por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2003 r., V CKN 310/01, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2005 r. V CK 350/05, Biuletyn Sądu Najwyższego z 2006 r., nr 3). Jak wynika z uzasadnienia tego ostatecznego orzeczenia, jak również z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r. IV CK 172/03 (OSNC z 2005 r., nr 3, poz. 56), odstąpienie od umowy może działać ze skutkiem *ex nunc* tylko wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 k.c. oraz treści regulacji zawartej w samej umowie. Istotne jest także samo zachowanie się strony składającej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a mianowicie czy wola strony dotyczyła wszystkich robót, czy tylko tej części robót, które nie zostały wykonane. W każdym razie nie można uznać za prawidłowej wykładni dokonanej przez Sąd Apelacyjny, że w każdym wypadku odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez inwestora odstąpienie to będzie wywierało skutki *ex nunc*.

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił wyrok w zaskarżonej części oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu pozostawiając temu Sądowi – na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c. – rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.