

Sygn. akt I ACa 549/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Ewa Tkocz
Sędziowie :	SA Mieczysław Brzdąk (spr.) SA Anna Bohdziewicz
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa T. K.

przeciwko (...) (...)

w M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt I C 254/11

1) oddala apelację;

2) zasądza od powoda na rzecz pozwanego 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 549/13

## UZASADNIENIE

Powód w pozwie wniesionym w postępowaniu nakazowym wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego (...) w M. kwoty 329 546,02 zł z ustawowymi odsetkami od 18 maja 2011r. oraz kosztów procesu. Wymienionej kwoty domagał się tytułem kar umownych należnych wskutek odstąpienia przez powoda z wyłącznej winy pozwanego od zawartych z pozwanym umów z dnia 10 maja 2010r. i 4 sierpnia 2010r.

Sąd Okręgowy w Częstochowie nakazem zapłaty z dnia 10 czerwca 2011r. wydanym w postępowaniu nakazowym w sprawie I Nc 48/11 uwzględnił powództwo w całości.

Pozwany w zarzutach od nakazu zapłaty wniósł o jego uchylenie i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów postępowania.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Częstochowie uchylił w całości nakaz zapłaty tego Sądu z dnia 10 czerwca 2011 roku wydany w postępowaniu nakazowym w sprawie I Nc 48/11, oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 19 559 zł tytułem kosztów procesu a także nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Częstochowie kwotę 334,32 zł tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy następująco uzasadnił.

W dniu 10 maja 2010r. pozwany (...) (...) w M. zawarł z powodem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) w O. umowę (...), na podstawie której pozwany zlecił powodowi wykonanie robót budowlanych obejmujących zadanie pod nazwą: „Remont konserwatorski zespołu (...) (...) w W.” o zakresie rzeczowym: izolacja pionowa, przeciwwilgociowa ścian piwnicznych i fundamentowych – 459,23 m<sup>(2)</sup>, częściowa wymiana oraz naprawa rynien, rur spustowych i obróbek blacharskich. Za wykonanie prac strony ustaliły wynagrodzenie w kwocie 158 829 zł 64 gr. W (...) umowy, strony postanowiły, że rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie jednorazowo po zakończeniu robót i odbiorze końcowym przedmiotu zamówienia. W umowie, strony postanowiły również, że zmiana jej postanowień może nastąpić wyłącznie za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności oraz, że odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia i powinno zawierać uzasadnienie ((...) ust. (...), (...) ust. (...) umowy). W (...) ust. (...) pkt(...)) umowy strony zastrzegły kary umowne za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn, za które odpowiada zamawiający w wysokości 20% wynagrodzenia umownego.

W trakcie wykonywania prac okazało się, że zakres robót, które powinny być wykonane odbiega od pierwotnego, określonego umową. Pismem z dnia 30 lipca 2010r. powód poinformował pozwanego o stwierdzonej sprzeczności stanu faktycznego ujawnionego po odsłonięciu ścian fundamentowych z dokumentacją projektową. W związku z pismem powoda, pozwany (...) pismem z dnia 2 sierpnia 2010r. poinformował Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w W. o konieczności wprowadzenia stosownych zmian do umowy z dnia 10 maja 2010r. z zaznaczeniem, iż całkowity koszt realizacji zadania zwiększył się do kwoty brutto 1 346 826 zł 19 gr, i w związku z tym pozwany zwrócił się jednocześnie do Ministra o zwiększenie dofinansowania przedmiotowej inwestycji. Przy piśmie przedstawiono również opinię dotyczącą rozpoczętych prac konserwatorsko – budowlanych (...) Urzędu Ochrony Zabytków w K. Delegatura w C.. W odpowiedzi, pismem z dnia 17 sierpnia 2010r. Dyrektor Departamentu Ochrony Zabytków Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego poinformował pozwanego, iż w budżecie Ministerstwa nie ma wolnych środków, które pozwoliłyby na dofinansowanie przedmiotowego zadania w zwiększonym zakresie i kwocie.

Pomimo odmowy ze strony Ministerstwa dodatkowego dofinansowania prac, strony podpisały aneks do umowy nr (...) z dnia 30 września 2010r., w którym zwiększyły zakres rzeczowy prac stanowiąc, iż szczegółowy zakres rzeczowy określa dokumentacja techniczna, przedmiar robót i kosztorys ofertowy stanowiące integralną część umowy. Strony ustaliły termin zakończenia inwestycji do 30 listopada 2011r. i stwierdziły, że pozostałe postanowienia umowy pozostają bez zmian, w szczególności aneks nie zawierał zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Częściowa zapłata na poczet wynagrodzenia z w/w umowy nastąpiła na rzecz powoda w kwocie 150 000 zł, którą to sumę (...) otrzymał od Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego w dniu 21 października 2010r., w kwocie 8 829 zł 64 gr, która pochodziła z własnych środków pozwanego oraz w kwocie 20 000 zł z dotacji Starostwa (...)w C..

W dniu 4 sierpnia 2010r. pozwany zawarł z powodem kolejną umowę nr (...), na mocy której powód zobowiązany był do wykonania w ramach istniejącego zadania konserwację elewacji zewnętrznych kościoła oraz konserwację portali. W umowie tej strony zgodnie postanowiły, że zakończenie inwestycji nastąpi w terminie do dnia 30 listopada 2010r.,

zaś wynagrodzenie przysługujące powodowi od pozwanego wyniesie kwotę 252 259 zł 08 gr netto. W (...) umowy przewidziano, iż zapłata za wykonane prace odbywać się będzie na podstawie faktur wystawionych w następujących wysokościach i terminach: faktura zaliczkowa w wysokości 70 000 zł wystawiona po rozpoczęciu robót i faktura końcowa stanowiąca dopełnienie do wartości umowy wystawiona nie później niż 7 dni po podpisaniu protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy. W umowie strony postanowiły również, że zmiana postanowień umowy może nastąpić wyłącznie za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności oraz, że odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia i powinno zawierać uzasadnienie ((...) ust. (...), (...) ust. (...) umowy). W (...)ust. (...) pkt (...)) umowy strony zastrzegły kary umowne za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn, za które odpowiada zamawiający w wysokości 20% wynagrodzenia umownego.

Tytułem wynagrodzenia na poczet tej umowy pozwany uiścił na rzecz powoda kwotę 70 000zł, która ta pochodziła z dotacji (...)Konservatora Zabytków.

„Na okoliczność” wykonania dodatkowych prac związanych z elewacją powód zawarł z pozwanym w dniu 8 listopada 2010r. aneks nr (...) do umowy, mocą którego zmieniono zakres robót w ten sposób, że powód zobowiązany był wykonać na rzecz pozwanego w ramach zadania konserwację elewacji zewnętrznych kościoła – etap I o zakresie rzeczowym obejmującym konserwację elewacji zewnętrznych kościoła etap I oraz konserwację portali – etap I. Jednocześnie ustalono wynagrodzenie przysługujące powodowi za te roboty na kwotę brutto 345 903 zł 90 gr, zaś termin zakończenia inwestycji określono na dzień 10 grudnia 2010r.

W dniu 29 listopada 2010r. powód zawarł z pozwanym kolejny aneks do umowy nr (...), na mocy którego strony ponownie określiły zakres rzeczowy umowy z dnia 4 sierpnia 2010r., a także przedłużyły termin wykonania prac na dzień 30 czerwca 2011r.

Pismem z dnia 31 stycznia 2011r. doręczonym pozwanemu w dniu 1 lutego 2011r. powód T. K. zwrócił się do pozwanego o udzielenie pisemnej informacji, czy (...) dysponuje odpowiednim kapitałem finansowym umożliwiającym mu spełnienie świadczenia na rzecz wykonawcy. W piśmie tym powód wskazał, że umowa o roboty budowlane ma charakter konsensualny, jest umową wzajemną, a co za tym idzie do jej elementów przedmiotowo istotnych należy zobowiązanie się wykonawcy do wykonania obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Natomiast inwestor jest zobowiązany m.in. do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Kolejnym pismem z dnia 28 lutego 2011r. powód – za pośrednictwem swojego pełnomocnika – wniósł o przedstawienie mu w nieprzekraczalnym terminie do dnia 4 marca 2011r. podpisanych aneksów do umów oraz przedstawienia w tym samym terminie pisemnych gwarancji zapłaty zarówno umówionego jak i oszacowanego w wyniku zaistnienia okoliczności zwiększenia zakresu robót wynagrodzenia przez pozwanego całości prac. Pełnomocnik powoda stwierdził w powołanym piśmie, że „(...) Mając na uwadze okoliczności przedstawione w piśmie Pana T. K. z dnia 30.01.2011r. oraz obawy zapłaty koniecznego wynagrodzenia, jak i skutecznego sformalizowanego zaakceptowanego zwiększenia zakresu prac, jak również z uwagi na okoliczność już pojawiających się opóźnień w zapłacie części wynagrodzenia, korzystając z faktu, iż na dzień dzisiejszy roboty zostały wstrzymane ze względu na warunki atmosferyczne, niniejszym wezwaniem stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione. (...)”.

Pismem z dnia 29 marca 2011r. doręczonym pozwanemu w tym samym dniu powód oświadczył, iż odstępuje z wyłącznej winy zamawiającego od umów z dnia 10 maja 2010r. i z dnia 4 sierpnia 2010r. Powód ponownie powołał się na konsensualny i wzajemny charakter umowy o roboty budowlane i podkreślił, że warunkiem podejmowania czynności przez wykonawcę jest równoczesne wywiązywanie się (...) z ciążącego na nim zobowiązania w przedmiocie zapłaty za wykonane prace. Powód powołał się na art. 354§2 k.c. wskazując, że (...) jako wierzyciel nie wywiązuje się z obowiązku współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania. Powód wezwał jednocześnie pozwanego, na podstawie (...) ust.(...) pkt (...) w/w umów, do zapłaty kar umownych w wysokości 269 365 zł 24 gr z tytułu odstąpienia od umowy z dnia 10 maja 2010r. i w wysokości 60 180 zł 78 gr z tytułu odstąpienia od umowy z dnia 4 sierpnia 2010r. Termin zapłaty należności powód określił pozwanemu na dzień 5 kwietnia 2011r. Pozwany w zakreślonym terminie nie uiścił na rzecz powoda należności z tytułu kar umownych.

Dokonując oceny zasadności żądania pozwu Sąd Okręgowy wskazał, że w piśmie z dnia 29 marca 2011r. powód T. K. jako podstawę odstąpienia od umowy powołał art. 354§2 k.c. wskazując, iż pozwany jako wierzyciel nie wywiązywał się z obowiązku współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania. Powód powołał się na konsensualny i wzajemny charakter umowy o roboty budowlane i podkreślił, że warunkiem podejmowania czynności przez wykonawcę jest równoczesne wywiązywanie się zamawiającego, tj. pozwanego(...) z ciężącego na nim zobowiązania w przedmiocie zapłaty za wykonane prace. Także w toku procesu powód jako podstawę prawną odstąpienia od umowy wskazywał art. 354§2 k.c. (k. 174, 207).

Zdaniem Sądu I instancji przepis art. 354§2 k.c. nie daje podstawy do odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 640 k.c. jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może odstąpić od umowy po wcześniejszym wyznaczeniu zamawiającemu odpowiedniego terminu na podjęcie tegoż współdziałania. Wymaga jednak podkreślenia, iż w niniejszej sprawie strony łączyły umowy o roboty budowlane, a nie umowy o dzieło. Przepis art. 640 k.c. dotyczy natomiast umowy o dzieło. Wprawdzie niektóre regulacje umowy o dzieło stosuje się odpowiednio do umowy o roboty budowlane, jednak art. 640 k.c. nie należy do tych regulacji (por. art. 656§1 k.c.).

Według Sądu Okręgowego wskazany w art. 354§2 k.c. brak potrzebnego do wykonania zobowiązania współdziałania zamawiającego (wierzyciela) nie może polegać na zwłoce w zapłacie wynagrodzenia. Współdziałanie stron umowy o dzieło czy innej umowy rezultatu w praktyce z reguły polega na dokonywaniu czynności faktycznych lub prawnych koniecznych z punktu widzenia procesu wytwarzania przedmiotu umowy (np. dostarczenie planów, materiałów, udzielenie wskazówek), bądź też na umożliwieniu przyjmującemu zamówienie wykonania zdjęć, wpuszczeniu na teren budowy, udostępnieniu pomieszczeń itp.

Pozwany nie pozostawał w zwłoce w zapłacie wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, skoro umowy przewidywały rozliczenie dopiero po zakończeniu robót.

W ocenie Sądu Okręgowego, treść pism powoda z dnia 31 stycznia 2011r., 28 lutego 2011r. i 29 marca 2011r., pozwala na stanowcze stwierdzenie, że podstawą odstąpienia od umowy nie był art. 649<sup>4</sup> §1 k.c., który został powołany przez powoda dopiero w dalszym toku postępowania jako druga podstawa odstąpienia (k. 209). W pierwszej kolejności powód powoływał się na art. 354§2 k.c. (k. 174). a regulacje art. 649<sup>4</sup> §1 k.c. i art. 354§2 k.c. dotyczą zupełnie odmiennych kwestii.

Według Sądu I instancji, powołującego się na stanowisko komentatora do art. 649<sup>(1)</sup> k.c., realizacja uprawnienia wykonawcy do żądania gwarancji polega na złożeniu oświadczenia woli o żądaniu gwarancji, dokonanego w formie pisemnej. Natomiast powód w piśmie z dnia 31 stycznia 2011r zwrócił się do pozwanego wyłącznie o udzielenie pisemnej informacji, czy (...) dysponuje odpowiednim kapitałem finansowym umożliwiającym mu spełnienie świadczenia na rzecz wykonawcy. W żaden sposób nie można zatem utożsamiać żądania informacji od pozwanego z żądaniem gwarancji zapłaty ze strony banku czy zakładu ubezpieczeń. Z uwagi na taką treść pisma powoda nie można byłoby nakładać na pozwanego obowiązku potraktowania tego pisma jako żądania przedstawienia gwarancji zapłaty bankowej lub ubezpieczeniowej w rozumieniu art. 649<sup>(1)</sup> §2 k.c.

Podobnie pismo z dnia 28 lutego 2011r. nie precyzowało, że chodzi o gwarancję zapłaty w rozumieniu art. 649<sup>(1)</sup> §2 k.c. Natomiast jego treść sugerowała, że wykonawca nawiązuje do zgłoszonego w piśmie ze stycznia 2011r. wcześniejszego żądania, tj. wyłącznie udzielenia pisemnej informacji, czy (...) dysponuje odpowiednim kapitałem finansowym umożliwiającym mu spełnienie świadczenia na rzecz wykonawcy.

O tym, że poprzednie pisma powoda nie dotyczyły żądania gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> §2 k.c. świadczy także i to, że w piśmie z 29 marca 2011r jako podstawę odstąpienia od umów powód powołał art. 354§2 k.c., a nie art. 649<sup>4</sup> §1 k.c.

Wskazał Sąd I instancji że powód wprawdzie nie musiał powoływać podstawy prawnej odstąpienia, jednakże opisana podstawa faktyczna złożenia takiego oświadczenia przez powoda również nawiązuje do treści art. 354§2 k.c., a nie art. 649<sup>4</sup> §1 k.c. Pozwany nie miał obowiązku przypisywania innych znaczeń oświadczeniom powoda niż wyartykułowane wyraźnie w składanych przez powoda pismach. Nie można utożsamiać żądania zapewnienia o wypłacalności przez samego inwestora z ustanowieniem gwarancji zapłaty przez inny podmiot na wypadek, gdyby inwestor okazał się niewypłacalny. Skoro powód, jak twierdził w swoich zeznaniach, miał doświadczenie jako przedsiębiorca w dawaniu i żądaniu gwarancji zapłaty od 2007r., to nie można mu przypisywać braku umiejętności właściwego zredagowania takiego żądania. Wadliwe sformułowanie oświadczenia przez powoda zresztą i tak nie mogłoby działać na niekorzyść pozwanego.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nawet gdyby uznać, że pismo z dnia 28 lutego 2011r. dotyczyło żądania gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649<sup>4</sup> §1 k.c., to dokonane następnie odstąpienie od umowy pismem z dnia 29 marca 2011r. i tak byłoby bezskuteczne. Zgodnie bowiem z art. 649<sup>4</sup> §1 k.c. jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Powód pismem z dnia 28 lutego 2011r. wyznaczył pozwanemu termin na spełnienie żądania określonego w wezwaniu do dnia 4 marca 2011r., a od umów odstąpił pismem z dnia 29 marca 2011r. doręczonym pozwanemu w tym samym dniu. Powód nie wykazał, w jakiej dacie doręczył pozwanemu pismo z dnia 28 lutego 2011r., ale nawet jeżeli nastąpiło to w tym samym dniu, to do 29 marca 2011r. upłynęło zaledwie 29 dni. Oświadczenie powoda o odstąpieniu od umów dokonane pismem z dnia 29 marca 2011r. należy zatem uznać za bezskuteczne.

Według Sądu Okręgowego wobec bezskuteczności oświadczenia powoda o odstąpieniu od umów z dnia 10 maja 2010r. i z dnia 4 sierpnia 2010r. nie należą się powodowi również kary umowne zastrzeżone na wypadek odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn, za które odpowiada zamawiający.

Wskazał Sąd, że oddalił, jako spóźniony, wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia jakości prac wykonanych przez powoda.

Z powołanych przyczyn, „z powodu merytorycznej niezasadności powództwa”, Sąd Okręgowy uchylił nakaz zapłaty z dnia 10 czerwca 2011r. i oddalił powództwo.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98§1 i 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c. Stosownie do art. 113 ust. 1 w związku z art. 83 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2005r., nr 167, poz. 1398 ze zm.) Sąd nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 334 zł 32 gr tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Zgodzić należy się ze skarżącym, że Sąd I instancji przeprowadził obszerne postępowanie dowodowe, co zajęło kilka terminów rozpraw. Czynności te jednak z punktu widzenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy – okazały się zbyteczne.

Zasadnicze znaczenie dla jej rozstrzygnięcia ma bowiem ocena czy występują w sprawie okoliczności, które upoważniały powoda do odstąpienia od umowy, a w konsekwencji żądania zapłaty kary umownej przewidzianej w umowie.

Zauważyć przy tym należy, że okoliczności związane z zawarciem przez strony umowy w dniu 10 maja 2010 roku oraz jej dalszych zmian w dniach 30 września 2010 roku oraz 8 listopada 2010 roku, jak również ostatecznej jej treści były bezsporne i zostały prawidłowo ustalone przez Sąd I instancji.

W szczególności nie było spornym, że zgodnie z § (...) pkt (...) umowy zamawiający (pozwany) zapłaci wykonawcy kary umowne (karę umowną) za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn, za które odpowiada zamawiający, w wysokości 20% wynagrodzenia umownego.

Stosownie do twierdzeń powoda przyczyną odstąpienia przezeń od umowy było to, że pozwany nie potwierdził posiadania środków finansowych niezbędnych do pełnej realizacji przedmiotów umów (umowy) zawartych z powodem czy też nie przedstawił gwarancji i realnej możliwości sfinansowania przez zamawiającego całości prac (por. pismo powoda z 29 marca 2011 roku – k. 61).

Przystępując do oceny zasadności żądań powoda podkreślić należy, że realizacja uprawnienia wykonawcy w postaci żądania udzielenia przez zamawiającego (inwestora) gwarancji zapłaty umówionego wynagrodzenia nie wymaga zachowania formy pisemnej.

Wprawdzie zgodnie z art. 648 § 1 kc umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, a stosownie do unormowania zawartego w art. 77 § 1 kc uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia, ale ustawodawca w przepisach normujących umowę o roboty nie zawarł wymogu by wykonawca musiał zachować pisemną formę złożenia żądania udzielenia przez inwestora gwarancji zapłaty. Obowiązek taki nie wynika też z przepisów ogólnych kodeksu cywilnego.

Pozostaje zatem do rozważenia czy powód zgłosił pozwanemu żądanie udzielenia gwarancji zapłaty wynagrodzenia o jakiej mowa w art. 649<sup>1</sup> i n. kc.

Niewątpliwym jest, że powód wystosował do pozwanego pismo z 31 stycznia 2011 roku (k. 57 – 59), a także uczynił to działający w jego imieniu profesjonalny pełnomocnik w piśmie z 24 lutego 2011 roku (k. 60).

Analiza treści obu wymienionych pism, a także pisma z 29 marca 2011 roku prowadzi do wniosku, że powód nie zgłosił pozwanemu żądania udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane w rozumieniu wymienionych przepisów. W piśmie z 31 stycznia 2011 roku powód zwraca się tylko o „udzielenie pisemnej informacji czy (...) dysponuje odpowiednim kapitałem finansowym umożliwiającym mu spełnienie świadczenia na rzecz wykonawcy”. Wprawdzie zgodnie z unormowaniem zawartym w art. 649<sup>(3)</sup> § 1 kc wykonawca robot budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty i może to uczynić zarówno w formie ustnej jak i pisemnej, tym niemniej powód nie udowodnił by takie żądanie skutecznie zgłosił stronie pozwanej, w szczególności by uczynił to na początku stycznia 2011 roku. Okoliczności tej nie potwierdził w swoich zeznaniach świadek S. P., który na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 roku (k. 360 oraz nagranie rozprawy – k. 429) zeznał wprawdzie na pytania pełnomocnika, że nie są mu znane przyczyny nieudzielenia powodowi gwarancji zapłaty jak i też, że nie przypomina sobie by był udzielony jakikolwiek termin udzielenia gwarancji, lecz z zeznań tych nie wynika w szczególności jakie dokładnie żądanie w tym zakresie oraz kiedy zgłosił powód.

Jak już wyżej wskazano powód nie udowodnił by istotnie domagał się od pozwanego udzielenia gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> § 1 kc.

Treść pisma powoda z 31 stycznia 2011 roku wyraźnie wskazuje, że powód domagał się tylko udzielenia informacji „czy (...) dysponuje odpowiednim kapitałem finansowym umożliwiającym mu spełnienie świadczenia na rzecz wykonawcy”.

Wykładnia tego oświadczenia powoda nie zezwala na przyjęcie, że obejmowało ono żądanie udzielenia gwarancji o jakiej mowa w art. 649<sup>1</sup> § 1 kc, pomijając już tę okoliczność, że powód nie wspomniał nawet o żądaniu udzielenia gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej czy też akredytywie bądź poręczeniu banku (por. art. 649<sup>1</sup> § 2 kc). Wprawdzie z przepisów normujących udzielenie takiej gwarancji nie wynika by wykonawca był zobowiązany do wskazania rodzaju gwarancji jakiej żąda od inwestora, tym niemniej oświadczenie takie powinno być na tyle precyzyjne i jasne by nie budziło wątpliwości, że wykonawca domaga się takiej gwarancji. Przepis art. 60 kc stanowi wprawdzie, że z

zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wole w sposób dostateczny [...] tym niemniej nie można przyjąć by pisemne oświadczenie (żądanie) powoda z 31 stycznia 2011 roku w sposób dostateczny ujawniało jego wolę co do żądania udzielenia gwarancji zapłaty przez pozwanego w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> i n. kc.

Niewątpliwym zatem jest, że powód nie złożył oświadczenia woli o żądaniu gwarancji o jakiej mowa w art. 649<sup>1</sup> i n. kc.

Podobnie, za żądanie takie nie można uznać zawartego w piśmie pełnomocnika powoda z 24 lutego 2011 roku wezwania do przedstawienia pisemnych gwarancji zapłaty zarówno umówionego jak i oszacowanego w wyniku zaistnienia okoliczności zwiększenia zakresu robót wynagrodzenia. Pełnomocnik powoda również nie sprecyzował jakich „pisemnych gwarancji zapłaty” domaga się od pozwanego i aczkolwiek uprawnienie wykonawcy do żądania takiej gwarancji nie zawiera kompetencji do wskazania postaci czy rodzaju gwarancji, to jednak ze względu na nader istotne skutki wynikające z nieudzielenia gwarancji zapłaty w wyznaczonym terminie (por. art. 649<sup>4</sup> kc) oświadczenie wykonawcy zawierające takie żądanie musi być dostatecznie precyzyjne i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości co do swej treści, w szczególności co do tego, że wykonawca żąda udzielenia gwarancji zapłaty o jakiej mowa w art. 649<sup>1</sup> § 2 kc.

Z tych przyczyn za żądanie takie nie można też uznać pisma z 24 lutego 2012r. sporządzonego przez pełnomocnika powoda (k. 60).

Niezależnie od powyższego zauważyć wypada, że nawet gdyby uznać za żądanie wymienionej gwarancji pismo powoda z 30 stycznia 2011 roku, czy też pismo z 24 lutego 2011r, to oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy z tej przyczyny, że pozwany nie udzielił gwarancji zapłaty jest bezskuteczne, bowiem od daty złożenia takich oświadczeń do dnia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie upłynęło 45 dni (por. art. 649<sup>4</sup> § 1 kc).

Trafnie też przyjął Sąd I instancji, że podstawy do odstąpienia od umowy nie mógł stanowić powołany przez powoda w piśmie z 29 marca 2011 roku brak współdziałania pozwanego przy wykonywaniu umowy o jakim mowa w art. 354 § 2 kc.

Jak trafnie zauważa Sąd Okręgowy przepis art. 354 § 2 kc obejmuje swoim zakresem inne sytuacje niż brak udzielenia gwarancji zapłaty.

Bogate orzecznictwo sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego wskazuje, że współdziałanie o jakim mowa w art. 354 § 2 kc obejmuje inne sytuacje niż zapewnienie wypłaty wynagrodzenia.

W szczególności przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane obowiązki zamawiającego (inwestora) wynikające z przepisów normujących tą umowę obejmują m.in. a obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. W szczególności przepis art.647 kc wskazując na obowiązki inwestora, odsyła wprost do przepisów prawa budowlanego, określających czynności związane z przygotowaniem robót - w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu - a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Niewątpliwym przy tym jest, że zapłaty wynagrodzenia nie można utożsamiać z obowiązkiem współdziałania przy wykonywaniu umowy, skoro zapłata powinna nastąpić dopiero po odbiorze obiektu budowlanego.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że zarzuty naruszenia art. 649<sup>1</sup> kc, art. 694<sup>4</sup> kc oraz art. 354 § 2 kc są niezasadne.

Oczywiście niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 321 kpc, którego to przepisu Sąd I instancji nie naruszył, w szczególności w sposób opisany w pkt V apelacji powoda, nawet jeżeli w uzasadnieniu swego wyroku wypowiedział się co do (nie)ważności umowy z 10 maja 2010 roku.

Z powołanych przyczyn apelacja powoda okazała się bezzasadna i w związku z tym ulegała oddaleniu (art. 385 kpc), a powód jako przegrywający sprawę w postępowaniu apelacyjnym obowiązany jest zwrócić pozwanemu koszty procesu (art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 99 kpc).