

## POSTANOWIENIE

Dnia 2 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący Sędzia SA:	Sławomir Jurkowicz (spr.)
Sędzia SA:	Adam Jewgraf
Sędzia SA:	Dariusz Kłodnicki

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2013 r. na posiedzeniu niejawnym we Wrocławiu

sprawy z wniosku uprawnionego: **Z. Z.**

przy udziale obowiązanym: **Gminy W. i Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W.**

o udzielenie zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania

na skutek zażalenia obowiązanego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W.

na postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt I Co 347/13

**p o s t a n a w i a:**

**1. zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, że wniosek o udzielenie zabezpieczenia oddalić;**

**2. zasądzić od Z. Z. na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W. zwrot kosztów postępowania zażaleniowego w kwocie 167 zł.**

## UZASADNIENIE

Z. Z. wystąpił z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia roszczenia niepieniężnego przed wytoczeniem przez uprawnionego powództwa o negatywne ustalenie, iż uprawniony Z. Z. nie jest zobowiązany do zapłaty na rzecz obowiązanym Gminy W. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W. (Zamawiających) kwoty 6.636.366,42 zł naliczonej przez nich tytułem kary umownej wynikających z umowy z dnia 15 lutego 2012 r.,

nr (...) dotyczącej „Budowy wału przeciwpowodziowego dla osiedla (...) we W. (zadanie nr (...)).

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy we Wrocławiu w pkt I udzielił wnioskodawcy Z. Z. zabezpieczenia poprzez:

1) nakazanie (...) S.A. w W. wstrzymania się z dokonaniem zapłaty na żądanie i na rzecz Gminy W. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W. kwoty 2.235.972,52 zł objętej Gwarancją Ubezpieczeniową Należytego Wykonania Umowy i Usunięcia Wad i Usterek Nr (...) z dnia 14 lutego 2012 r. z tytułu kar umownych za niedotrzymanie terminów przy realizacji w/w umowy z dnia 15 lutego 2012 r., do czasu prawomocnego rozpoznania powództwa o ustalenie i

2) zakazanie Gminie W. oraz Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W. wystąpienia do (...) S.A. w W. z żądaniem zapłaty kwoty 2.235.972,52 zł objętej Gwarancją Ubezpieczeniową Należytego Wykonania Umowy i Usunięcia Wad i Usterek Nr (...) z dnia 14 lutego 2012 r. z tytułu kar umownych za niedotrzymanie terminów przy realizacji w/w umowy z dnia 15 lutego 2012 r., do czasu prawomocnego rozpoznania powództwa o ustalenie oraz w pkt II wyznaczył wnioskodawcy Z. Z. dwutygodniowy termin na wytoczenie powództwa opisanego w punkcie I wniosku przeciwko Gminie W. oraz Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji S.A. we W. pod rygorem upadku zabezpieczenia.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Sąd I instancji wskazał, że powód uprawdopodobnił roszczenie (załączając obszerną dokumentację dotyczącą okoliczności związanych z wykonywanymi pracami) oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia.

Powyższe orzeczenie zaskarżył obowiązany Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. wnosząc o zmianę postanowienia poprzez

jego oddalenie i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego. Nadto

z ostrożności wniósł w oparciu o przepis art. 739 § 1 k.p.c. o uzależnienie wykonania postanowienia o zabezpieczeniu od złożenia przez uprawnionego kaucji w kwocie 2.235.972,52 zł na zabezpieczenie roszczeń obowiązanego powstałych w wyniku wykonania tegoż postanowienia. Zaskarżonemu orzeczeniu obowiązany zarzucił:

- naruszenie art. 730<sup>1</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że uprawniony uprawdopodobnił roszczenie oraz interes prawny;

- naruszenie art. 147 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez jego błędną wykładnię;

- naruszenie art. 730<sup>1</sup> k.p.c. w zw. art. 147 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez obciążenie obowiązanego ponad potrzebę przez uniemożliwienie obowiązanemu skorzystania z instytucji zabezpieczenia nienależytego wykonania umowy oraz

- naruszenie art. 755 k.p.c. poprzez udzielenie zabezpieczenia w sposób nieodpowiedni powodujący nieuzasadnioną ingerencję w stosunki prawne związane z podmiotami trzecimi.

W odpowiedzi na zażalenie uprawniony wniósł o jego oddalenie.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Zażalenie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż z uwagi na występujące w sprawie współuczestnictwo jednolite po stronie obowiązanym (art. 73 § 2 k.p.c.), wynikające

z istoty spornego stosunku prawnego, objętego łączącą strony umową z dnia 15.02.2012 r. Sąd Apelacyjny uznał, iż przedmiotowe postanowienie zostało zaskarżone również przez obowiązaną Gminę W..

W realiach analizowanej sprawy Sąd Apelacyjny podzielił zarzuty

skarżące skierowane w pierwszej kolejności przeciwko stanowisku Sądu I instancji

o uprawdopodobnieniu przez uprawnionego interesu prawnego w uzyskaniu zabezpieczenia przedmiotowego roszczenia, którego zamierza dochodzić

w przyszłości. Zważyć przy tym należy, iż Sąd I instancji w sposób dość enigmatyczny i powierzchowny uzasadnił swoje stanowisko w tym zakresie, abstrahując całkowicie od celu, któremu miała służyć ustanowiona przez uprawnionego, w związku z realizacją spornej umowy stron zawartej w trybie zamówienia publicznego, gwarancja ubezpieczeniowa. Niewątpliwie zaś, jak wynika z treści uzasadnienia przedmiotowego wniosku, uzasadniając istnienie owego interesu prawnego uprawniony powoływał się na obawę rychłego skierowania

w stosunku do niego przez gwaranta roszczenia regresowego, co w konsekwencji miałyby negatywnie odbić się na jego sytuacji finansowej i doprowadzić do powstania po jego stronie szkody majątkowej w kwocie przeszło 2,235 mln zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego poddając analizie trafność stanowiska

Sądu I instancji w tym zakresie w pierwszej kolejności wskazać należy,

że uprawniony, jako wykonawca przystępując do przetargu, przeprowadzonego

w trybie ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo o zamówieniach publicznych i następnie zawierając przedmiotową umowę na realizację spornych robót, wiedział jaki

jest cel ustanowienia owej gwarancji ubezpieczeniowej. Niewątpliwie wiedział,

a przynajmniej musiał sobie zdawać sprawę z tego, że ustanowienie gwarancji ubezpieczeniowej ma służyć zabezpieczeniu określonych roszczeń obowiązanych (beneficjentów gwarancji), a jej uruchomienie jest niezależne od woli uprawnionego, a zależne od decyzji beneficjenta gwarancji i jego (subiektywnej póki co) oceny, że zaistniały określone w umowie podstawy do skorzystania ze wskazanej formy zabezpieczenia. Podkreślić przy tym należy, iż powyżej określony cel znajduje pełne potwierdzenie w treści przepisu art. 147 cytowanej ustawy prawo o zamówieniach publicznych, do którego w tym zakresie odwołuje się również treść spornej umowy

w pkt 1.1.6.6 Szczegółowych warunków Kontraktu, a który Sąd I instancji w sposób nieuprawniony całkowicie pominął w swojej analizie. Jednocześnie z tej przyczyny nie sposób podzielić zarzutu skarżącej o naruszeniu owej normy poprzez dokonanie błędnej jej wykładni, co jednakże nie miało istotnego znaczenia dla ostatecznej oceny trafności zaskarżonego orzeczenia.

W konsekwencji uprawniony nie mógł więc w takiej sytuacji oponować przeciwko uruchomieniu gwarancji, kwestionując istnienie przesłanek do naliczenia mu przez obowiązane przedmiotowych kar umownych i jedynie z uwagi na spodziewany negatywny wpływ tej czynności na jego sytuację finansową, której zresztą nie tylko nie uprawdopodobnił, ale nawet nie usiłował tego uczynić. Niewystarczającym w tym zakresie było jedynie ogólnikowe odwoływanie się przez uprawnionego do potencjalnego zagrożenia jego płynności finansowej. Podobnie zresztą nieuprawnione w tym zakresie pozostawało stanowisko Sądu I instancji, który ogólnikowo odwoływał się do powszechnie znanej bardzo trudnej sytuacji majątkowej firm działających w branży budowlanej i niejednokrotnie występujących u nich trudności w utrzymaniu płynności finansowej.

Zważyć bowiem należy, iż udzielając umownej gwarancji ubezpieczeniowej

i kształtując jej treść, uprawniony wykonawca musiał być przygotowany na powstanie między nim a obowiązanymi sytuacji spornych, dotyczących wykonania umowy,

a skutkujących powstaniem możliwych roszczeń regresowych, stanowiących skutek uruchomienia tej gwarancji.

W konsekwencji, zdaniem Sądu Odwoławczego, zaakceptowanie stanowiska uprawnionego i akceptującego go poglądu Sądu I instancji, wyrażonego

w uzasadnieniu skarżonego orzeczenia, prowadziłyby po podważeniu powyżej wskazanego celu i funkcji owej gwarancji ubezpieczeniowej jako sposobu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla którego zostało przewidziane

w umowie i w ustawie Prawo zamówień publicznych i w istocie czyniłoby takie zabezpieczenie jedynie pozornym.

Ponadto zdaniem Sądu Apelacyjnego, wbrew odmiennemu przekonaniu uprawnionego i Sądu I instancji, w rozpoznawanej sprawie nie istnieje obawa nieosiągnięcia celu postępowania. Niewątpliwie bowiem szczególna pozycja obu obowiązanych, z których jedna jest jednostką sektora finansów publicznych,

a druga spółką akcyjną, której jedynym akcjonariuszem jest taka jednostka, sprawia, że nawet w przypadku niezasadnego uruchomienia gwarancji, uprawniony będzie miał pewność odzyskania środków, które ewentualnie

musiałby wyłożyć na skutek roszczeń regresowych gwaranta. Zatem jego sytuacja majątkowa ostatecznie będzie się przedstawiać tak, jakby środki te nie wyszły z jego majątku, a gwarancja nie została zrealizowana. W konsekwencji więc cel postępowania zostanie osiągnięty bez potrzeby udzielania zabezpieczenia.

Na marginesie jedynie wskazać należy, iż jak wynika z uzasadnienia wniosku o zabezpieczenie uprawniony nie uzyskał jeszcze pełnego wynagrodzenia za wykonane prace, gdyż do zapłaty przez obowiązanym pozostały jeszcze faktury VAT na łączną kwotę 1.365.995,23 zł wynikające z przejściowych świadectw płatności. Stąd też uprawniony może i powinien domagać się jego zapłaty w odrębnym powództwie, w którym kwestia prawidłowości i zasadności naliczenia kar umownych

i skutecznego przedstawienia ich do potrącenia może podlegać badaniu przez Sąd. Podobnie też uprawnionemu w powyżej opisanej sytuacji przysługiwać będą także roszczenia odszkodowawcze wobec obowiązanym.

W świetle całokształtu powyższych rozważań uznać należało, że w analizowanej sprawie uprawniony nie uprawdopodobnił przesłanki w postaci istnienia po jego stronie interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia. Niewątpliwie zaś brak spełnienia już tylko tej jednej przesłanki, na gruncie przepisu art. 730<sup>1</sup> § 1 k.p.c. uniemożliwił udzielenie zabezpieczenia. W dalszej konsekwencji zbędne stawało się poddawanie analizie i ocenie prawidłowości zaskarżonego orzeczenia i zarzutów dotyczących uprawdopodobnienia przez uprawnionego roszczenia oraz prawidłowości zastosowanego przez Sąd I instancji sposobu zabezpieczenia.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. zmienił zaskarżone postanowienie i orzekł jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zażaleniowego, zawarte w pkt 2, wydane zostało po myśli przepisu art. 98 i 99 k.p.c. i § 10 ust. 1 pkt 3

w zw. z § 12 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.). Na zasądzoną kwotę składa się opłata od zażalenia 30 zł, koszt zastępstwa prawnego 120 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł.

MR-K