

Sygn. akt IX GCo 90/13

POSTANOWIENIE

Dnia 26 września 2013 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Wojciech Turzański

po rozpoznaniu w dniu 26 września 2013 r. w Lublinie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku T. D.

z udziałem Gminy M.

w przedmiocie wniosku o udzielenie zabezpieczenia roszczenia

postanawia:

oddalić wniosek

UZASADNIENIE

Wnioskiem w tej sprawie T. D. wniósł o zabezpieczenie roszczenia o uznanie za bezskuteczne oświadczenia woli uczestnika Gminy M. z dnia 20 sierpnia 2013 r. o odstąpieniu od umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. zawartej w trybie zamówienia publicznego nr (...) 272.1.1.2013 oraz nieistnienia obowiązku zapłaty na rzecz uczestnika kary umownej w wysokości 254 954,91 zł naliczonej na podstawie § 12 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 15 ust. 1 pkt 1 powołanej umowy poprzez unormowanie praw i obowiązków stron do czasu prawomocnego zakończenia procesu poprzez:

a.) zakazanie uczestnikowi dokonywania od dnia 20 sierpnia 2013 r. potrącenia oraz zaliczania na poczet kary umownej w kwocie 254 954,91 zł, wpłaconej na rachunek bankowy uczestnika kwoty 254 954,91 zł, tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy nr (...)1.1.2013 z dnia 28 czerwca 2013 r.

b.) zakazanie uczestnikowi od dnia 20 sierpnia 2013 r. unieważnienia postępowania przetargowego na wykonanie zadania „Budowa układów grzewczych opartych na pompach ciepła dla obiektów użyteczności publicznej w gminie M. wraz z odwodnieniem w miejscowości Z.” i powierzenia wykonania umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. nr (...) 272.1.1.2013 podmiotowi trzeciemu oraz rozpisania nowego zamówienia publicznego na zakres objęty przedmiotową umową

W uzasadnieniu wniosku wnioskodawca wskazał, iż w wyniku ogłoszonego przez uczestnika zamówienia publicznego „Budowa układów grzewczych opartych na pompach ciepła dla obiektów użyteczności publicznej w gminie M. wraz z odwodnieniem w miejscowości Z.”, został wyłoniony jako wykonawca, z którym uczestnik zawarł w dniu 28 czerwca 2013 r. umowę nr (...)1.1.2013 na wykonanie tego zadania.

Uczestnik w całości przygotował wzór umowy, który stanowi załącznik do SIWZ, wiążący uczestnika w tym postępowaniu oraz był autorem zmian do tej umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. Uczestnik jednostronnie zmodyfikował postanowienia § 2 pkt 1 umowy w ten sposób, że wpisano przedłużenie terminu zakończenia przedmiotu umowy na dzień 31 grudnia 2013 r. pozostawiając pozostałe postanowienia § 2 pkt 1 w stanie niezmienionym oraz niedostosowanym do zmienionych okoliczności, na które uczestnik powołał się stosownie do treści § 14 ust. 1 pkt 8

umowy w związku z przeciągającą się ponad przeciętną miarę procedurą przetargową. Na zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnioskodawca wpłacił w dniu 27 czerwca 2013 r. kwotę 254 954,91 zł stanowiącą 10% ceny całkowitej brutto.

Zawarte w umowie z dnia 28 czerwca 2013 r. zapisy umowne kształtujące obowiązki uczestnika zostały ukształtowane w sposób uprzywilejowujący jego obowiązki względem wnioskodawcy poprzez określenie terminów wypełniania obowiązków przez uczestnika wobec wnioskodawcy, wskazujące na zupełną dowolność w określeniu terminu spełnienia przez uczestnika jego obowiązków, czyniąc w ten sposób rozpoczęcie przez wnioskodawcę swego zakresu uciążliwym, a wręcz niemożliwym do wykonania zadania.

Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy uczestnik zobowiązał się do protokolarnego przekazania uprawnionemu projektowi budowlanego, dziennika budowy i terenu budowy w terminie nie później niż 14 dni do zawarcia umowy. § 3 zawiera jednak także 2. ustęp, który stanowi „na 7 dni przed rozpoczęciem wykonania przedmiotu umowy.” Zapis ten pozwala uczestnikowi wybrać, który termin na przekazanie wnioskodawcy dokumentów zastosuje, co w sposób oczywisty narusza przepisy prawa, w tym przede wszystkim zasadę równości stron, bowiem nieprzekazanie wnioskodawcy pełnej dokumentacji powoduje, że nie może on rozpocząć prac, zaś uczestnik mimo nieprzekazania dokumentacji może żądać od wnioskodawcy, poprzez wystosowanie wezwania do podjęcia robót, natychmiastowego podjęcia prac pod rygorem ujemnych konsekwencji określonych w § 15 ust. 1 pkt 1 umowy.

W dniu 9 lipca 2013 r. doszło do protokolarnego przekazania placu budowy. W protokole określono niezbędne elementy współpracy stron, zgodnie z § 3 ust. 3 pkt 4 umowy, poprzez określenie obowiązków stron. Uczestnik zobowiązał się do udostępnienia wnioskodawcy terenu budowy i zakresu robót objętych dokumentacją techniczną i pozwoleniem na budowę oraz umową, a także wskazania punktów poboru wody, energii elektrycznej itp. Obowiązków w tym zakresie uczestnik nie wykonał do chwili obecnej. Protokół nie zawiera bowiem wskazań punktów poboru wody, energii elektrycznej itp. Nie przekazano także wnioskodawcy pełnej dokumentacji technicznej. Uczestnik uniemożliwił tym samym wnioskodawcy wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy, a tym samym podjęcia prac przygotowawczych do podjęcia budowy. W dniu 9 lipca 2013 r. doszło do przekazania wnioskodawcy jedynie części dokumentów niezbędnych do rozpoczęcia prac zgodnie z umową. Dopiero w dniu 19 sierpnia 2013 r. doszło do przekazania dokumentacji „Drenażu terenu zielonego przy szkole” w miejscowości Z., o czym świadczy wpis w dzienniku budowy.

Wezwaniem z dnia 2 sierpnia 2013 r. – odebranych przez wnioskodawcę w dniu 5 sierpnia 2013 r. – uczestnik wezwał wnioskodawcę do rozpoczęcia robót związanych z wykonaniem inwestycji pod nazwą „Budowa układów grzewczych opartych na pompach ciepła dla obiektów użyteczności publicznej w gminie M. wraz z odwodnieniem w miejscowości Z.” w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania tj. do dnia 19 sierpnia 2013 r. Uczestnik nie kierował do wnioskodawcy żądań poinformowania o przebiegu prac czy przedstawienia sprawozdania z realizacji inwestycji, do czego miał prawo na podstawie § 3 ust. 1 pkt 2 umowy. Wnioskodawca nie miał jednak w dalszym ciągu możliwości wykonania przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy wobec bierności uczestnika.

W dniu 20 sierpnia 2013 r. podczas próby wytyczenia przez wnioskodawcę obiektu w terenie użytkownik obiektu oraz przedstawiciel uczestnika odmówili wnioskodawcy, bez podania przyczyny, wstępu na plac budowy i podjęcia czynności geodezyjnych oraz rozpoczęcia prac, co zostało udokumentowane wpisem do dziennika budowy.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2013 r., doręczonym wnioskodawcy w dniu 21 sierpnia 2013 r., uczestnik złożył oświadczenie o odstąpieniu, z dniem 20 sierpnia 2013 r., od umowy. Za podstawę wskazał § 15 ust. 1 pkt 1 umowy i wskazując jako przyczynę nie rozpoczęcie przez wnioskodawcę robót bez uzasadnionej przyczyny mimo wezwania z dnia 2 sierpnia 2013 r. Uczestnik wezwał jednocześnie wnioskodawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 254 954,91 zł.

Powołane oświadczenie nie mogło i nie może wywierać skutków prawnych oraz jest bezskuteczne z następujących powodów:

1. W § 15 ust. 1 pkt 1 umowy uczestnik zastrzegł prawo odstąpienia od umowy, gdy wykonawca nie rozpoczął robót bez uzasadnionych przyczyn, pomimo wezwania złożonego na piśmie przez zamawiającego – w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez zamawiającego braku uzasadnienia takiej okoliczności.

Uczestnik nie wskazał tych przyczyn, gdyż w istocie leżały one po stronie uczestnika. Brak wskazania wnioskodawcy, zarówno w dniu 9 lipca 2013 r. (protokół przekazania placu budowy), jak i do dnia 20 sierpnia 2013 r. (odstąpienie od umowy) punktu poboru mediów, niewydanie do dnia 19 sierpnia 2012 r. kompletnej dokumentacji technicznej.

2. Postanowienie § 15 ust. 1 umowy w części dotyczącej umownego prawa odstąpienia od umowy jest nieważne z mocy prawa (art. 58 § 3 k.c.) i jako takie nie może wywoływać żadnych skutków prawnych, o czym wnioskodawca poinformował uczestnika.

Wnioskodawca wskazał, iż ma interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia w rozumieniu art. 189 k.p.c. w żądaniu ustalenia istnienia stosunku prawnego łączącego strony na podstawie powołanej umowy. W ocenie wnioskodawcy interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia został wykazany, nadto wynika z przytoczonych przepisów prawa, które uczestnik naruszył. Interes prawny wnioskodawcy w tej sprawie istnieje i wymaga ochrony, ponieważ bezzasadne żądanie przez uczestnika kary umownej i złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy pozostaje w sprzeczności z łączącą strony umową oraz przepisami prawa i bezpośrednio dotyczy interesów wnioskodawcy w umowie określonych. Celem postępowania o ustalenie jest w istocie zapobieżenie dokonania przez uczestnika potrącenia określonych kwot tytułem kary umownej z dokonanej przez wnioskodawcę wpłaty kwoty zabezpieczenia, zapobiegnięcie unieważnieniu przetargu i zawarcia przez uczestnika umowy z innym podmiotem w miejsce wnioskodawcy, wobec stwierdzenia istnienia stosunku prawnego łączącego strony – powołanej umowy z dnia 28 czerwca 2013 r.

Do wniosku wnioskodawca załączył odpisy: umowy nr (...).272.1.1.2013 z dnia 28 czerwca 2013 r. (k. 21-36); aneksu do tej umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. (k. 37); dowodu wpłaty na rzecz uczestnika w dniu 27 czerwca 2013 r. kwoty 254 954,91 zł, tytułem zabezpieczenia (k. 38); protokołu przekazania placu budowy z dnia 9 lipca 2013 r. (k. 39); protokołu przekazania dokumentów z tej samej daty (k. 40-41); części dziennika budowy nr 8- (...) z dnia 7 stycznia 2013 r. (k. 42-44); wezwania z dnia 2 sierpnia 2013 r. do rozpoczęcia prac budowlanych przez wnioskodawcę (k. 45); fragmentów dokumentacji technicznej (k. 46-60); oświadczenia uczestnika z dnia 20 sierpnia 2013 r. o odstąpieniu od umowy (k. 61); korespondencji stron po złożeniu przez uczestnika oświadczenia o odstąpieniu od umowy k. 62-73).

W ocenie Sądu Okręgowego wnioszek o udzielenie zabezpieczenia nie jest zasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 730 § 1 kpc w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny można żądać udzielenia zabezpieczenia. Sąd może udzielić zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania lub w jego toku (art. 730 § 2 kpc). Stosownie natomiast do przepisu art. 730¹ § 1 kpc udzielenia zabezpieczenia może żądać każda strona lub uczestnik postępowania, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczeniu. Interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia istnieje wtedy, gdy brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie (art. 730¹ § 2 kpc). Przy wyborze sposobu zabezpieczenia sąd winien uwzględnić interesy stron lub uczestników postępowania w takiej mierze, aby uprawnionemu zapewnić należytą ochronę prawną, a obowiązanego nie obciążać ponad potrzebę (art. 730¹ § 3 kpc). Sąd rozpoznaje wniosek o udzielenie zabezpieczenia w jego granicach, biorąc za podstawę orzeczenia materiał zebrany w sprawie (art. 738 kpc). Należy również pamiętać o tym, że zabezpieczenie nie może zmierzać do zaspokojenia roszczenia, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 731 kpc).

Jak wskazano wyżej ustawodawca wymaga jedynie uprawdopodobnienia roszczenia przez wnioskodawcę a nie jego udowodnienia. Uprawdopodobnienie zakłada natomiast w zasadzie samą możliwość istnienia pewnych procesowo istotnych okoliczności i nie wymaga zgodności stwierdzeń z prawdą obiektywną. Uprawdopodobnienie nie może jednak opierać się na samych twierdzeniach strony. Musi się ono opierać na jakimś materiale pozwalającym zająć

takie stanowisko (por. Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem pod redakcją prof. dr Jerzego Jodłowskiego, Tom 2, Postępowanie rozpoznawcze, Księga pierwsza, Proces, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, teza 1 i 3 do art. 243, str. 426). Wiarygodność roszczenia musi bowiem wynikać z uprawdopodobnienia przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniających żądanie zabezpieczenia. Oceny wiarygodności roszczenia Sąd dokonuje na podstawie akt sprawy i materiału w nich zawartego oraz na podstawie dowodów będących w jego dyspozycji. Roszczenie jest zaś wiarygodne, jeżeli istnieje słuszna podstawa do przypuszczenia, że ono istnieje (por. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne Komentarz do części drugiej Kodeksu postępowania cywilnego, Wydanie 3, autorstwa Edmunda Wengerka, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich Centrum Informacji Prawno – Finansowej, Warszawa 1998, teza 9 do art. 730, str. 18,19). W ocenie Sądu Okręgowego wnioskodawca na obecnym etapie postępowania w świetle dołączonego do pozwu materiału dowodowego uprawdopodobnił zasadność swojego roszczenia, bowiem wnioskodawca podniósł, iż zaskarżona uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza (powoda) oraz jest sprzeczna z prawem, tj. zaistnienie przesłanek z art. 422 § 1 ksh i 425 § 1 ksh.

Warto tu jednak wskazać, że oceny prawdopodobieństwa istnienia roszczenia sąd dokonuje z reguły jedynie w oparciu o twierdzenia uprawnionego oraz dostarczony przez niego materiał dowodowy. Istotą postępowania zabezpieczającego jest to, że sąd dokonuje jedynie wstępnej analizy dostarczonego przez wnioskodawcę materiału dowodowego. Możliwość dojścia, w wyniku pełnego postępowania, do wniosku o niezasadności roszczenia, jest natomiast oczywistym założeniem tej instytucji.

W ocenie Sądu Okręgowego sprawie tej nie została przede wszystkim spełniona pierwsza z przesłanek do udzielenia zabezpieczenia.

Wniosek zawiera kumulatywnie żądanie udzielenia zabezpieczenia roszczeń wnioskodawcy poprzez:

zabezpieczenie roszczenia o uznanie za bezskuteczne oświadczenia woli uczestnika Gminy M. z dnia 20 sierpnia 2013 r. o odstąpieniu od umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. zawartej w trybie zamówienia publicznego nr (...) 272.1.1.2013 oraz nieistnienia obowiązku zapłaty na rzecz uczestnika kary umownej w wysokości 254 954,91 zł naliczonej na podstawie § 12 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 15 ust. 1 pkt 1 powołanej umowy poprzez unormowanie praw i obowiązków stron do czasu prawomocnego zakończenia procesu poprzez:

a.) zakazanie uczestnikowi dokonywania od dnia 20 sierpnia 2013 r. potrącenia oraz zaliczania na poczet kary umownej w kwocie 254 954,91 zł, wpłaconej na rachunek bankowy uczestnika kwoty 254 954,91 zł, tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy nr (...) 272.1.1.2013 z dnia 28 czerwca 2013 r.

b.) zakazanie uczestnikowi od dnia 20 sierpnia 2013 r. unieważnienia postępowania przetargowego na wykonanie zadania „Budowa układów grzewczych opartych na pompach ciepła dla obiektów użyteczności publicznej w gminie M. wraz z odwodnieniem w miejscowości Z.” i powierzenia wykonania umowy z dnia 28 czerwca 2013 r. nr (...) 272.1.1.2013 podmiotowi trzeciemu oraz rozpisania nowego zamówienia publicznego na zakres objęty przedmiotową umową.

Zatem wszystkie żądania wniosku muszą być rozpoznane łącznie. Niemożność uwzględnienia części wniosku powodować musi w konsekwencji oddalenie wniosku w całości.

Przedstawione w odpisach dokumenty nie mogą w ocenie Sądu uprawdopodobnić istnienia roszczeń wnioskodawcy, a to z następujących przyczyn:

1. procesy inwestycyjne, w tym sam jego etap związany z wejściem na budowę, są ze swej natury tak skomplikowane, że w zakresie ustalania odpowiedzialności z różnych tytułów nie jest dostateczne dowodzenie (także uprawdopodobnianie) podnoszonych okoliczności wyłącznie na podstawie dokumentów. W procesach tego rodzaju przeprowadza się z reguły dowody z zeznań, a nawet z opinii biegłego np. celem ustalenia kompletności dokumentacji;

2. wnioskodawca nie ma interesu prawnego w zakazaniu uczestnikowi złożenia oświadczenia o potrąceniu ewentualnej wierzytelności z wymienionej we wniosku kary umownej z kwoty zabezpieczenia wykonania umowy. Skuteczność złożenia takiego oświadczenia woli zależeć będzie od spełnienia przesłanek wymienionych w art. 498 k.c. oraz 499 k.c., nie zaś od samego złożenia oświadczenia. Nadto w przypadku złożenia oświadczenia o potrąceniu wnioskodawcy będzie przysługiwać ewentualne roszczenie o zasądzenie kwoty wpłaconej tytułem zabezpieczenia wykonania umowy po powstaniu stanu wymagalności tego ewentualnego roszczenia o zwrot zabezpieczenia. Możliwość domagania się zasądzenia należności wyklucza istnienie interesu prawnego w ustalaniu istnienia wierzytelności w innym trybie, w szczególności na podstawie art. 189 k.p.c. lub poprzez żądanie zakazania dokonywania potrącenia;

3. postanowienie § 15 ust. 1 umowy w części dotyczącej umownego prawa odstąpienia od umowy jest ważne. Postanowienie umowy odsyła bowiem w zakresie określenia terminu do wezwania złożonego na piśmie przez zamawiającego;

4. oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawiera uzasadnienie. Inną kwestią jest ocena jego zasadności.

Już tylko brak uprawdopodobnienia jednego z roszczeń objętych wnioskiem zrehabilitowanym jako wniosek kumulacyjny, niweczy możliwość przyjęcia za uprawdopodobnione roszczeń nakazujących uwzględnienie wniosku o udzielenie zabezpieczenia.

Okoliczność, iż wnioskodawca nie uprawdopodobnił istnienia roszczeń, o jakich mowa we wniosku o udzielenie zabezpieczenia, czyni zbędnym rozważania co do istnienia interesu prawnego.

Wniosek o udzielenie zabezpieczenia nie może nadto zostać uwzględniony z tej przyczyny, że w istocie zmierza do zaspokojenia roszczenia.

Stosownie do art. 731 k.c. zabezpieczenie nie może zmierzać do zaspokojenia roszczenia, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Wprawdzie we wniosku wnioskodawca stwierdza, że zmierza do unormowania praw i obowiązków stron do czasu prawomocnego zakończenia przyszłego procesu, to jednak twierdzenie to nie odpowiada rzeczywistości. Nie ma potrzeby czasowego regulowania wzajemnych praw i obowiązków stron w sytuacji, gdy umowa nie jest wykonywana. W istocie wnioskodawca zmierza do uniemożliwienia uczestnikowi naliczenia kary umownej na podstawie umowy, a przede wszystkim do uniemożliwienia ogłoszenia nowego przetargu na wykonanie tego samego przedmiotu. Taki sposób zabezpieczenia zmierza zatem wprost do zaspokojenia roszczenia pozbawiając uczestnika nie tylko swobody w zakresie wykonywania zadań własnych gminy w zakresie zaspokajania zbiorczych potrzeb wspólnoty (art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym – Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz1591 tj. ze zm.) oraz w zakresie swobody kontraktowania (art. 353¹ k.c.) z ograniczeniami wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także stawiając wnioskodawcę w przymusowej sytuacji mogącej skłaniać do ustępstw w przyszłym procesie z wnioskodawcą dla dobra interesów wspólnoty gminnej. A to celem szybkiego wykonania inwestycji.

Zabezpieczenie tak określone godziłoby także – w ocenie Sądu – w interes publiczny. Gmina musi bowiem wykonywać na bieżąco zadania własne w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty.

Zabezpieczenie w sposób określony we wniosku jest także niedopuszczalne, a to z tej przyczyny, że zmierza do zniesienia ewentualnych czynności, jakie mogły być podjęte przez uczestnika pomiędzy dniem 20 sierpnia 2013 r., a dniem wydania niniejszego orzeczenia oraz zniweczenia ich skutków. Zabezpieczenie może obejmować okres od wydania postanowienia w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia.

Mając na uwadze powyższe i biorąc pod uwagę powołane przepisy Sąd Okręgowy orzekł jak na wstępie.