

POSTANOWIENIE

Dnia 23 kwietnia 2012r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SR del. Bożena Lasota

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2012 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku (...) S.A. w W., (...) S.A. w W.

z udziałem Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W.

o udzielenie zabezpieczenia

p o s t a n a w i a:

oddalić wniosek.

UZASADNIENIE

We wniosku z dnia 6 kwietnia 2012r. (...) S.A.w (...) S.A.w W.wnieśli o udzielenie zabezpieczenia niepieniężnego, przysługującego im przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad o ustalenie uprawnienia wnioskodawcy do jednostronnego przedłużenia terminów na realizację robót budowlanych w związku z opóźnieniami leżącymi po stronie uczestnika w zakresie postanowień umowy z dnia 28 września 2009r. pn. Projekt i budowa autostrady (...)S.– K.wraz z załącznikami stanowiącymi jej integralną część, a w konsekwencji do ustalenia przez sąd stosunku prawnego pomiędzy wnioskodawcą a uczestnikiem na podstawie umowy w zakresie umownych terminów realizacji inwestycji. Wnioskodawca wniósł o zabezpieczenie roszczenia poprzez zakazanie uczestnikowi na czas trwania postępowania sądowego naliczania wnioskodawcy kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania robót objętych umową oraz niedotrzymanie terminów dla przedłożenia Programu Realizacji Robót (tzw. harmonogramu) w konsekwencji rzekomej zwłoki wnioskodawcy ewentualnie zakazanie uczestnikowi na czas trwania postępowania sądowego naliczania wnioskodawcy kar umownych za 202 – dniowe opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową oraz niedotrzymanie terminów wyznaczonych dla przedłożenia Programu Realizacji Robót (harmonogramów). Niezależnie od powyższego wnioskodawca wniósł o zakazanie na czas trwania postępowania sądowego dokonywania przez uczestnika potrąceń naliczonych do tej pory kar umownych, za przekroczenie terminów w wykonaniu robót objętych umową oraz niedotrzymanie terminów wyznaczonych dla przedłożenia Programu Realizacji Robót z należnego wnioskodawcy wynagrodzenia za realizację umowy, zakazanie na czas trwania postępowania zaspakajania się przez uczestnika z przedłożonej przez wnioskodawcę gwarancji bankowej dobrego wykonania umowy z dnia 25 września 2009r. wystawionej przez (...) Bank (...) S.A.oraz zakazanie na czas trwania postępowania zaspakajania się przez uczestnika z przedłożonej przez wnioskodawcę gwarancji bankowej dobrego wykonania umowy z dnia 25 września 2009r. wystawionej przez Bank (...) S.A.Wnioskodawca wniósł także o wyznaczenie terminu do wniesienia pisma wszczynającego postępowanie w sprawie na dwa tygodnie od dnia doręczenia postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia.

W treści wniosku przedstawiono stan faktyczny oraz wskazano na przesłanki uprawdopodobnienia roszczenia i interes prawny w uzyskaniu zabezpieczenia.

I tak wnioskodawca wskazał między innymi, że w dniu 28 września 2009r. została zawarta umowa o zaprojektowanie i budowę autostrady (...)S.– K.z przewidywanym oddaniem do użytku w pierwszych tygodniach czerwca 2012r, z tym, że prace projektowe i roboty budowlane miały zostać zakończone w ustalonym czasie na ukończenie tj. w ciągu 32 miesięcy od daty rozpoczęcia. Na zabezpieczenie należytego wykonania umowy wykonawca udzielił uczestnikowi dwóch gwarancji bankowych. Jednocześnie umowa przewidywała szereg kar umownych za niedotrzymanie terminów. Nadto umowa przewidywała szczególny mechanizm kar umownych, a to zgodnie z subklauzulą 8.7. WSK zamawiający może potrącić kwotę od każdej płatności należnej wykonawcy zgodnie z postanowieniami subklauzuli 2.5.

Interes prawny wnioskodawcy ma polegać na obawach wnioskodawcy co do faktycznej możliwości podjęcia przez uczestnika działań z pokrzywdzeniem wnioskodawcy. Według wnioskodawcy realizacja terminów określonych pierwotnie w umowie okazała się niemożliwa z uwagi na postawę i działania uczestnika, który nie przekazał w terminie w całości placu budowy. Uczynił to dopiero w dniu 15 października 2010r., podczas, gdy winien przekazać plac budowy w dniu 6 października 2010r., nadto istniejące zadrzewienie uniemożliwiało realizację planowanych prac. Ostatecznie wycinki drzew zamawiający dokonał dopiero na przełomie kwietnia i maja 2011r. i w całości plac budowy przekazał w dniu 7 kwietnia i 5 maja 2011r. Przyjmując według wnioskodawcy całkowity czas realizacji inwestycji na 600 dni, to aż 200 dniowe opóźnienie w przekazaniu placu budowy ma niewątpliwe znaczenie dla terminowości realizacji robót. W zaistniałej sytuacji wykonawcy przysługiwało roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie i uzyskanie dodatkowego wynagrodzenia. Uczestnik odmówił racji w domaganiu się przez wnioskodawcę przedłużenia czasu wykonania inwestycji, po czym pismem z dnia 27 marca 2012r. powiadomił wnioskodawcę o swoim uprawnieniu w naliczaniu kar umownych w związku z niewykonaniem umowy w kwocie 4 758 809, 44 zł. Następnie uczestnik pismem z dnia 30 marca 2010r. wezwał wnioskodawcę bądź to do zapłaty kar umownych bądź do przedstawienia zabezpieczenia wykonania robót w czasie ukończenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

Tym samym według wnioskodawcy wyczerpał on umowny tryb dochodzenia swoich roszczeń, zaś jedyną drogą do wyegzekwowania należnego mu jednostronnego uprawnienia do przedłużenia końcowego terminu realizacji umowy jest droga sądowa.

Powyższe uzasadnia interes prawny do wniesienia powództwa o ustalenie uprawnienia wnioskodawcy do zmiany terminów umownych oraz stosunków prawnych pomiędzy stronami w zakresie terminów realizacji umowy. Wniosek o zabezpieczenie ma na celu ochronę prawną wnioskodawcy przed skutkami prawnymi naliczania i potrącania kar umownych przez uczestnika, tym bardziej, że uczestnik skierował pismo informujące o uprawnieniu do naliczania kar umownych w wysokości 13 511 619, 66 zł.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 28 września 2009r. wnioskodawca jako Konsorcjum firm zawarł ze Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad umowę na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie autostrady (...)od S.do K.na odcinku od km (...)do km (...)na podstawie przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z treścią umowy prace projektowe i roboty budowlane miały zostać ukończone w ustalonym czasie na ukończenie, w ciągu 32 miesięcy od daty rozpoczęcia, określonej w powiadomieniu o dacie rozpoczęcia. W § (...)ust. (...)umowy strony przewidziały, że w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy skutkujących niemożnością dotrzymania terminu, termin ten może ulec przedłużeniu o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy. Cena kontraktowa została ustalona na kwotę netto 691 444 037, 41 zł, zaś kwoty warunkowe zgodnie z subklauzulą 13.5 kontraktu nie mogły przekroczyć 15% kwoty brutto. W przypadku zaś, gdyby wynagrodzenie wykonawcy miało przekroczyć sumę kwot określonych wyżej strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy. W § (...)strony ustaliły zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, tj. na kwotę 84 356 172, 56 zł, przy czym zabezpieczenie miało zostać zwrócone wykonawcy zgodnie z postanowieniami subklauzuli 4.2 szczególnych warunków kontraktu, tj. po wystawieniu świadectwa przejęcia zgodnie z klauzulą 10 zamawiający miał zwrócić 70% wysokości zabezpieczenia pod warunkiem, że wykonawca wykona wszelkie zaległe drobne prace oraz usunie wady, zaś pozostałe 30% miało zostać zwrócone nie później niż w 15 dniu po upływie rękojmi za wady lub okresu gwarancji (vide k. 92). Zgodnie z kolei

z § (...) umowy spory mogące wynikać w związku z realizacją umowy będą rozstrzygane zgodnie z postanowieniami klauzuli 20 warunków kontraktu, czyli przez sąd powszechny właściwy dla siedziby zamawiającego (vide k. 117). Integralną część umowy stanowią między innymi warunki szczególne kontraktu, warunki ogólne kontraktu, program funkcjonalno – użytkowy, dane kontraktowe, oferta wykonawcy (vide k. 62). W warunkach szczególnych kontraktu co do przedłużenia czasu na ukończenie strony w subklauzuli 8.4 wprowadziły następujące zmiany do warunków kontraktu, a mianowicie z warunków ogólnych kontraktu usunięto ostatecznie zdanie przewidujące, że jeżeli wykonawca uważa się z uprawnionego do przedłużenia czasu na ukończenie to wykonawca da inżynierowi powiadomienie zgodnie z subklauzulą 20.1 (roszczenia wykonawcy) zastępując je zapisem, że to inżynier może określić nowy czas na ukończenie zgodnie z klauzulą 20.1 wyłącznie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, uwzględniając poprzednie zmiany terminów zakończenia robót i po konsultacji z zamawiającym i wykonawcą (vide k. 105). Inżynier określając nowy termin zakończenia robót ustali długość całkowitego okresu przedłużenia czasu na ukończenie. Takie określenie nabierze mocy po uzgodnieniu przez strony zmiany do kontraktu zgodnie z subklauzulą 13.3 czyli sporządzenia aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności i subklauzulą 3.1, czyli koniecznością uzyskania przez inżyniera pisemnej zgody na taką procedurę zmiany (vide k. 89). Nadto w subklauzuli 8.7 określono przypadki, kiedy będą naliczane kary umowne, w tym przypadek za przekroczenie czasu na ukończenie robót za każdy dzień zwłoki, ale także z innych przyczyn, przewidziano także możliwość potrącenia kary umownej od każdej należnej wykonawcy płatności zgodnie z postanowieniami subklauzuli 2.5. należy zaznaczyć, że w danych kontraktowych, także stanowiących część umowy strony przewidziały maksymalną wysokość kar za zwłokę na wypadek zwłoki czasu na ukończenie na 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej (vide k. 121).

/ dowód: umowa z dnia 28 września 2009r. k. 61-64, dane kontraktowe k. 120-122/.

Na zabezpieczenie należytego wykonania umowy wykonawca zgodnie z umową udzielił uczestnikowi dwóch gwarancji bankowych w (...) Banku (...) oraz w Banku (...).

/ dowód: gwarancje bankowe k. 124-127/.

W dniu 15 października 2010r. uczestnik protokolarnie przekazał wnioskodawcy plac budowy w zakresie budowy przejścia dla zwierząt nad autostradą (...)w km (...)wraz z dojazdami do obiektu i drogą serwisową, z tym, że w protokole przekazania znalazła się uwaga wykonawcy, że na przekazanym terenie rosną drzewa kolidujące z inwestycją. Teren, który wymagał wykarczowania drzew został przekazany wnioskodawcy w dniu 7 kwietnia 2011r. (vide k. 132-133). Z kolei w dniu 5 maja 2011r. uczestnik przekazał wnioskodawcy teren wycinki i karczowania terenu dla przebudowy sieci energetycznych (vide k. 135).

/ dowód: protokół z przekazania placu budowy k. 129-130 i k. 132-133, k. 135/.

Pismem z dnia 13 grudnia 2010r. wnioskodawca z powołaniem się na klauzulę 2.1 warunków ogólnych i szczególnych kontraktu – dostęp do placu budowy dokonał powiadomienia o roszczeniu. Powiadomienie zostało doręczone Inżynierowi Kontraktu 14 grudnia 2010r. (vide k. 146) i zawierało informację, że zamawiający nie wywiązał się ze swoich zobowiązań polegających na wycięciu i wykarczowaniu wszystkich drzew i krzewów przed przekazaniem terenu inwestycji, co wstrzymało według wykonawcy roboty na 94 dni (vide k. 149). W niniejszym powiadomieniu wykonawca zaznaczył, że mając na uwadze terminowe wykonanie robót proponuje powierzenie wykonania tych robót jako robót dodatkowych wykonawcy za dodatkowym wynagrodzeniem. Powiadomienie o roszczeniu zostało poprzedzone zgłoszeniem roszczeń w trybie z subklauzuli 20.1 ogólnych warunków kontraktu poprzez pismo z dnia 19 października 2010r., w którym informowano, że okres wstrzymania robót na obszarach objętych wycinką drzew wynosi 80 dni (151-152). W kolejnych pismach wnioskodawca ponawiał swoje powiadomienia o roszczeniu ciągłym, aż do dnia 2 czerwca 2011r., kiedy to przedłożył inżynierowi kontraktu roszczenie ostateczne, w którym poinformował go między innymi, iż uważa się za uprawnionego do przedłużenia czasu na ukończenia w ilości co najmniej 35 dni (vide k. 154-161). W tzw. raporcie roszczenia kierowanym do wnioskodawcy inżynier kontraktu nie uznał argumentacji wykonawcy i ją odrzucił uznając, że wykonawca nie jest uprawniony do przedłużenia czasu na ukończenie ani do jakiegokolwiek płatności dodatkowej. W treści raportu inżynier kontraktu zauważył między innymi,

że w pismach wykonawca informował wprawdzie o wstrzymaniu robót na odcinku z drzewami, jednakże zgodnie z klauzulą 20.1 b do roszczenia przejściowego wymagane jest podanie kosztów, czego wykonawca nie uczynił. Nadto inżynier wskazał, że w toku spotkania z dnia 23 listopada 2010r. stwierdzono błędy w dokumentacji wykonawcy, czego skutkiem było jej niezgodnienie a tym samym utrudnieniem przy przebudowie linii WN nie była jedynie brak wykonania wycinki drzew, ale także brak prawidłowej dokumentacji ze strony wykonawcy, która została ostatecznie uzgodniona i zatwierdzona w dniu 14 lutego 2011r. Zatwierdzenie tejże dokumentacji nastąpiło więc po terminie planowanego rozpoczęcia robót. Jednocześnie jednak inżynier zwrócił uwagę na fakt, że roboty te zostały wykonane z wyprzedzeniem w stosunku do harmonogramu. Według inżyniera brak także argumentu na przedłużenie czasu wykonania umowy z powodu braku wycinki drzew na odcinku na którym miała zostać pobudowana droga dojazdowa, albowiem nie było tu kolizji pomiędzy tą drogą a drzewami. Uczestnik w pełni zaakceptował stanowisko inżyniera kontraktu (vide k. 178).

/ dowód: wezwanie do wypłaty gwarancji k. 102-104, potwierdzenie wpłaty (...) k. 81-82, powiadomienie o roszczeniu k. 146, k.151-152, roszczenie z dnia 2 czerwca 2011r. k. 154-161, raport roszczenia k. 165-176/.

Pismem z dnia 27 marca 2012r. inżynier kontraktu z powołaniem się na subklauzulę 3.5 określił wysokość kary umownej w wysokości 4 758 809, 44 zł za niewykonanie wymaganej minimalnej wysokości wykonania po upływie 24 miesięcy od daty rozpoczęcia. W ramach tej decyzji inżynier stwierdził, że wymaganą minimalną ilość wykonania wykonawca osiągnął i przekroczył dopiero w dniu 2 listopada 2012r., zatem okres naliczania kar umownych wynosi 28 dni. Na podstawie niniejszego pisma uczestnik pismem z dnia 30 marca 2012r. z powołaniem się na subklauzulę 8.7 dotyczącą kar umownych wezwał wnioskodawcę do wypowiedzenia się w terminie 7 dni, czy przedstawi zabezpieczenie zakończenia robót w czasie na ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej lub zapłaci karę umowną z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w kwocie 4 758 809, 44 zł. Uczestnik poinformował także wnioskodawcę, że na wypadek braku pisemnej deklaracji skorzysta z uprawnienia do potrącenia kwoty kary z kolejnej płatności przysługującej wykonawcy. We wcześniejszym okresie uczestnik informował wykonawcę o okoliczności uprawniającej do naliczania kary umownej ze wskazaniem ich wysokości (vide k. 186 i k. 188).

/ dowód: pismo Inżyniera k. 180-181, pismo uczestnika k. 183-184/.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 730 § 1 k.p.c. w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez Sąd można żądać udzielenia zabezpieczenia. Warunkiem jest tu uprawdopodobnienie roszczenia oraz interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia (art. 730¹ k.p.c.), który według ustawodawcy 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. Jednocześnie w ramach zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych ustawodawca przewiduje w art. 755 § 1 k.p.c., że Sąd udziela zabezpieczenia w taki sposób, jaki stosownie do okoliczności uzna za odpowiedni, nie wyłączając sposobów przewidzianych do zabezpieczenia roszczeń pieniężnych. W szczególności sąd może unormować prawa i obowiązki stron lub uczestników postępowania na czas trwania postępowania. Sąd może więc teoretycznie zakazać określonych zachowań, czy też nakazać określony sposób postępowania. Na marginesie Sąd zwraca jedynie uwagę, że wnioskodawca wskazując żądane przez siebie sposoby zabezpieczenia roszczenia nie wskazuje normy prawnej regulującej ten sposób zabezpieczenia.

Pierwsze pytanie jakie nasuwa się w związku ze złożonym wnioskiem to pytanie o charakter zgłoszonego przez wnioskodawcę roszczenia (roszczenia na przyszłość), a mianowicie, czy roszczenie o ustalenie uprawnienia wnioskodawcy do jednostronnego przedłużenia terminów na realizację robót budowlanych w związku z opóźnieniem leżącym po stronie uczestnika jest roszczeniem niepieniężnym, a więc roszczeniem, które może ewentualnie podlegać zabezpieczeniu, a to wobec treści art. 749 k.p.c. Przepis ten stanowi, że zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przeciwko Skarbowi Państwa jest niedopuszczalne. W ocenie Sądu zgłoszone roszczenie ma charakter niepieniężny. Zupełnie inną kwestia jest możliwość skutecznego zgłoszenia takiego roszczenia ze wskazaniem jego podstawy prawnej, a zwłaszcza z żądaniem ustalenia przez sąd stosunku prawnego czy prawa na podstawie umowy w zakresie umownych

terminów realizacji inwestycji. Sąd nie jest uprawniony do ustalania terminów realizacji inwestycji, co do której strony samodzielnie w ramach umowy te terminy określiły. Tak więc zgłoszone przez wnioskodawcę roszczenie jest roszczeniem skonstruowanym na potrzeby wniosku o zabezpieczenie w celu ominięcia zakazu z art. 749 k.p.c.

Konsekwencją uznania braku roszczenia tak skonstruowanego pozostaje oddalenie wniosku o zabezpieczenie.

Niezależnie od powyższego Sąd zwraca uwagę, że warunkiem udzielenia zabezpieczenia jest wystąpienie łącznie dwóch przesłanek. Nie wystarczy więc, że żądający zabezpieczenia wykaże interes prawny w jego dochodzeniu poprzez sam fakt, że uczestnik podejmie działania z pokrzywdzeniem wnioskodawcy, w żadnym wypadku nie można uznać, nawet, gdyby teoretycznie przyjąć, że wnioskodawcy przysługuje takie roszczenie jakoby brak zabezpieczenia uniemożliwił lub utrudnił wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia. Uczestnikiem, i ewentualnym pozwanym jest przecież Skarb Państwa, który gwarantuje ewentualny zwrot nienależnie pobranych kar umownych. Wnioskodawca w żaden sposób nie wykazał więc tej przesłanki zabezpieczenia, choć Sąd zwrócił uwagę na inną wskazywaną przez wnioskodawcę przesłankę w postaci faktycznego trwałego wstrzymywania wynagrodzenia za wykonane roboty. Ta przesłanka jednakże nie przekonuje sądu w kontekście ograniczeń umownych co do wysokości umówionych przez strony kar umownych. Kary te nie mogą przekroczyć określonej procentowo wartości kontraktu brutto.

Analizując dalej roszczenie, które ma stanowić podstawę dla zabezpieczenia sąd zwraca jeszcze uwagę na nieskuteczność argumentu wnioskodawcy w zakresie w jakim twierdzi on, iż w umowie przyznano mu prawo do jednostronnego przedłużenia czasu na ukończenie na wypadek wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy. Wnioskodawca przywołuje tu § (...) Just. (...) aktu umowy, który przewiduje wprawdzie możliwość przedłużenia o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy, jednakże analiza subklauzuli 8.4 szczególnych warunków kontraktu (vide k. 104) wskazuje wyraźnie, iż inżynier może określić nowy czas na ukończenie kontraktu zgodnie z klauzulą 20.1 wyłącznie z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wnioskodawca zawierając umowę po pierwsze zaakceptował fakt, że szczególne warunki kontraktu stanowią integralną część umowy, po drugie zaś jako profesjonalny podmiot gospodarczy zaakceptował fakt, że nowy czas na ukończenie robót może zostać wprawdzie określony przez inżyniera, po czym to określenie nabierze mocy po uzgodnieniu przez strony, ale jedynie wtedy, gdy wszystkie przyczyny będą niezależne od wykonawcy. Już choćby z samego pisma inżyniera kontraktu załączonego przez wnioskodawcę (vide k. 165-173) stanowiącego tzw. raport roszczenia ewidentnie wynika, że tak podnoszone przez wnioskodawcę opóźnienie robót związane z brakiem wycinki drzew przez uczestnika w żaden sposób nie przyczyniło się do opóźnienia prac, które zostały wykonane nawet przed terminem, nadto sam wykonawca po czasie umówionym przedstawił prawidłową dokumentację, która wcześniej zawierała błędy. Według treści raportu nie było także potrzeby wycinania drzew na potrzeby wykonania drogi dojazdowej.

Zupełnie na marginesie zgłoszonego wniosku Sąd podnosi jeszcze, że żądanie zakazania na czas trwania postępowania zaspokajania się uczestnika z gwarancji bankowych wydaje się niezrozumieniem przez wnioskodawcę celów tych gwarancji. Jak już podniesiono w stanie faktycznym zgodnie z subklauzulą 4.2 szczególnych warunków kontraktu zabezpieczenie ma służyć zapewnieniu jakości robót, a nie ich wykonania po terminie. Zabezpieczenie, które żądał uczestnik w pismach kierowanych do wnioskodawcy byłoby więc zabezpieczeniem dodatkowym, a nie tym wynikającym z zabezpieczeń już dokonanych. Wnioskodawca mógłby więc takiego zabezpieczenia udzielić alternatywnie na wypadek, gdyby nie zapłacił kary umownej.

Ze wskazanych wyżej przyczyn Sąd wniosek oddalił.