

## POSTANOWIENIE

Dnia 21 lutego 2013 r.

**Sąd Okręgowy w Warszawie – Wydział XXV Cywilny**

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Danuta Kowalik

po rozpoznaniu w dniu 21 lutego 2013 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku uprawnionych (...)k.s. z siedzibą w P.(...) i (...) sp. z o.o.z siedzibą w C.

o udzielenie zabezpieczenia

roszczenia przeciwko obowiązanemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o ustalenie

postanowił:

1. **oddalić wniosek;**
2. **obciążyć uprawnionych kosztami postępowania.**

## UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 15 stycznia 2013 r., złożonym do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej, uprawnieni (...)k.s. z siedzibą w P.(...) i (...) sp. z o.o.z siedzibą w C., wnieśli o:

I. udzielenie uprawnionym, przed wniesieniem pozwu przeciwko obowiązanemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, zabezpieczenia przysługującego im wobec obowiązanego roszczenia o ustalenie, że obowiązanemu nie przysługują wobec uprawnionych roszczenia o zapłatę przez uprawnionych kar umownych przewidzianych w 1) subklauzuli 8.7 (c) Warunków Szczególnych Kontraktu stanowiących część umowy nr (...)z dnia 1 sierpnia 2011 r. pt.: „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...)od S.do K.na odcinku od km (...)do km (...) z tytułu niewykonania w przewidzianych terminach Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania, o których mowa w subklauzuli 8.3 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowiących część umowy, w łącznej kwocie 60.635.210 zł, 2) subklauzuli 8.7 (a) Warunków Szczególnych Kontraktu stanowiących część umowy z tytułu przekroczenia Czasu na Ukończenie Robót, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, w kwocie 31.754.100 zł, poprzez:

zakazanie obowiązanemu, na czas trwania postępowania do czasu prawomocnego zakończenia sporu, zaspokojenia roszczenia o zapłatę kar umownych z tytułu niewykonania w przewidzianych terminach Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz z tytułu przekroczenia Czasu na Ukończenie Robót w łącznej kwocie 92.389.310 zł (tj. 60.635.210 zł + 31.754.100 zł) wraz z odsetkami poprzez:

1) składanie oświadczeń o potrąceniu ww. roszczenia o zapłatę kar umownych z wierzytelnościami uprawnionych o zapłatę kwot wynikających z wystawionych w związku z realizacją umowy faktur,

2) wykonanie praw z gwarancji bankowej (...) Bank S.A.pt. „Gwarancja Należytego Wykonania Umowy nr (...)” z dnia 17 sierpnia 2011 r., w brzmieniu ustalonym Aneksem nr (...)z dnia 11 grudnia 2012 r., stanowiącej, zgodnie z art. 148 ust.1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zabezpieczenie należytego wykonania umowy;

II. wyznaczenie uprawnionym dwutygodniowego terminu na wniesienie pozwu.

W uzasadnieniu wniosku uprawnieni wskazali, że roszczenie o ustalenie jest zasadne i uprawdopodobnione, bowiem zaistniały niezależne od uprawnionych okoliczności uniemożliwiające wykonanie w terminie Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz dotrzymanie Czasu na Ukończenie Robót, których istnienie było obowiązanyemu znane, natomiast uprawnieni posiadają interes prawny w ustaleniu, gdyż obowiązany nie zaspokoił jeszcze roszczenia, wobec czego nie przysługuje im obecnie żadne inne roszczenie dalej idące.

Z kolei interesu prawnego w uzyskaniu zabezpieczenia uprawnieni upatrują w okolicznościach, że obowiązany manifestuje swoje żądanie zapłaty kary umownej i zapowiada, że zaspokoi je poprzez potrącenie bieżących płatności lub przy wykorzystaniu ustanowionych na jego rzecz zabezpieczeń i wstępne działania w tym zakresie zostały już przez niego podjęte, co prowadzi do wniosku, że obowiązany roszczenie to w najbliższym czasie zaspokoi. W braku wnioskowanego zabezpieczenia i zaspokojeniu roszczenia przez obowiązany uprawnieni utracą zaś legitymację w sprawie o ustalenie, gdyż pojawi się po ich stronie roszczenie dalej idące, o zapłatę bezprawnie zatrzymanych kwot z faktur lub o zwrot nienależnego świadczenia, zatem brak zabezpieczenia niewątpliwie uniemożliwi osiągnięcie celu postępowania z powództwa o ustalenie. Wreszcie, zaspokojenie bezzasadnego roszczenia przez obowiązany bez przeprowadzenia postępowania sądowego spowoduje brak możliwości wywiązania się przez uprawnionych ze zobowiązań względem podwykonawców, a co za tym idzie wystąpi istotne ryzyko upadłości uprawnionych, przenoszące się również na podwykonawców i dostawców z branży budowlanej.

Postanowieniem z dnia 22 stycznia 2013 r. (k. 901), Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej uznał się niewłaściwym i przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

### ***Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:***

Wniosek nie zasługuje na uwzględnienie.

Strona postępowania może żądać udzielenia zabezpieczenia, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia (art. 730<sup>1</sup> § 1 k.p.c.).

Roszczenie jest uprawdopodobnione, jeżeli prima facie istnieje znaczna szansa na jego istnienie, co nie wyklucza tego, iż w świetle głębszej analizy stanu faktycznego i prawnego, wniosek może okazać się bezzasadny (postanowienia Sądu Apelacyjnego w Szczecinie: z dnia 27 kwietnia 2006 r., I ACz 468/08, LEX nr 516571 i z dnia 28 grudnia 2006 r., I ACz 1129/06, LEX nr 516576).

Na obecnym etapie postępowania, za uprawdopodobnione uznać można następujące okoliczności:

W dniu 13 czerwca 2011 r. obowiązany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy na wykonanie „Projektu i budowy autostrady (...)S.-K.na odcinku od km (...)do km (...) (odcinek „(...)”” zawartej w dniu 28 września 2009 r. z tworzącymi konsorcjum przedsiębiorcami: (...), S.(...)((...)) (...), (...)oraz (...) sp. z o.o.W związku z tym, obowiązany rozpoczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu z wolnej ręki na „Kontynuację projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie autostrady (...)od S.do K.na odcinku od km (...)do km (...) (okoliczność jak dotąd bezsporna).

W dniu 1 sierpnia 2011 r., obowiązany, występujący jako zamawiający, zawarł z tworzącymi konsorcjum przedsiębiorcami: (...) S.A.z siedzibą w W.oraz uprawnionymi: (...) sp. z o.o.z siedzibą w C.i (...)k.s. z siedzibą w P.((...)), występującymi jako wykonawca, umowę nr (...)pt. „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w

zakresie autostrady (...)od S.do K.na odcinku od km (...)do km (...)" . W umowie tej, strony oświadczyły w szczególności, że:

- zamawiający powierza a wykonawca zobowiązuje się do „kontynuacji projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...)od S.do K.na odcinku od km (...)do km (...)" (§ (...) umowy),

- szczegółowy zakres umowy przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako część niniejszej umowy, w następującej kolejności: 1) akt umowy, 2) Warunki Szczególne Kontraktu (część II), 3) Warunki Ogólne Kontraktu (część I), 4) Program Funkcjonalno Użytkowy wraz z załącznikiem, 5) Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe, 6) Oferta Wykonawcy wraz z Wykazem Cen, 7) wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu; przy czym wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia do powyższych dokumentów powinny być odczytywane i interpretowane w takiej samej kolejności; wszystkie dokumenty wymienione powyżej w punktach od 1) do 7) łącznie określone są jako umowa (§ (...)ust. (...)-(...) umowy),

- prace projektowe i roboty budowlane zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie, do dnia 15 października 2012 r. (§ 3 ust. 1 umowy),

- z uwagi na płatności, jakich zamawiający ma dokonać na rzecz wykonawcy, jak niżej wymieniono, wykonawca niniejszym zobowiązuje się sporządzić Dokumenty Wykonawcy zdefiniowane w Subklauzuli 1.1.6.1 Warunków Kontraktu, wykonać i ukończyć Roboty oraz usunąć wszystkie wady i dotrzymać warunków gwarancji jakości, w pełnej zgodności z postanowieniami umowy, w zamian za co zamawiający zobowiązuje się dokonać płatności określonych w § (...)ust. (...)umowy, według postanowień Klauzuli 14 Warunków Kontraktu (§ (...)ust.(...) umowy),

- zamawiający zobowiązuje się, że zapłaci wykonawcy, w uznaniu wykonania „powyższych” (tj. wymienionych w § (...)ust. (...)umowy – przyp. SO) czynności, cenę kontraktową, na którą składają się: 1) Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, wynosząca netto 614.674.796,75 zł, plus 23% podatku VAT, co łącznie stanowi zaakceptowaną kwotę kontraktową brutto 756.050.000 zł, 2) Kwoty Warunkowe zgodnie z Subklauzulą 13.5 Warunków Kontraktu w wysokości nieprzekraczającej Maksymalnej Wartości Zobowiązania, wynoszącej 5% kwoty brutto podanej § (...)ust. (...)pkt (...)umowy, co stanowi 37.802.500 zł (§ (...)ust. (...)pkt (...)i(...) umowy),

- w przypadku gdyby wynagrodzenie wykonawcy miało przekroczyć sumę kwot określonych w § (...)ust. (...)pkt (...)i (...)umowy, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy (§ (...)ust. (...)umowy),

- zamawiający ma obowiązek zapłaty faktury VAT w terminie 14 dni licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury (§ (...)ust. (...)zd. (...) umowy),

- ustala się zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto, o której mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 umowy, tj. kwotę 75.605.000 zł (§ 5 ust. 1 umowy),

- przed podpisaniem umowy wykonawca wniósł ustaloną w § (...)ust. (...) umowy kwotę zabezpieczenia należytego wykonania w formie gwarancji bankowej i w pieniądzu (§ 5 ust. 2 umowy; kopia umowy – k. 119-121).

Umowa nr (...)zmieniona następnie została umową, nazwaną „Aneksem nr (...)” , którą wprowadzono bliżej określone zmiany do Warunków Szczególnych Kontraktu (kopia umowy – k. 127-129),

Z kolei w dniu 29 maja 2012 r., obowiązany, występujący jako zamawiający, zawarł z samymi tylko uprawnionymi, występującymi jako wykonawca, umowę nazwaną „Aneksem nr (...)” do umowy nr (...). W „Aneksie nr (...)” , strony tej umowy oświadczyły w szczególności, że:

- umowa zostaje zawarta wobec faktu, iż w dniu 21 maja 2012 r., obowiązany otrzymał oświadczenie syndyka masy upadłości (...) S.A.o odstąpieniu, na podstawie art. 98 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, od umowy nr (...)oraz w związku z intensyfikacją prac budowlanych wykonywanych przez wykonawcę przy realizacji umowy nr (...) (preambuła „Aneksu nr (...)” ),

- § (...)ust. (...)aktu umowy nr (...)otrzymuje brzmienie „Szczegółowy zakres umowy przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako część niniejszej umowy, w następującej kolejności: 1) Aneks nr (...), 2) Aneks nr (...), 3) akt umowy, 4) Warunki Szczególne Kontraktu (część II), 5) Warunki Ogólne Kontraktu (część I), 6) Program Funkcjonalno -Użytkowy wraz z załącznikiem, 7) Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe, 8) Oferta Wykonawcy wraz z Wykazem Cen, 9) wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu” (§ (...)ust. (...), „Aneksu nr (...))”,

- wprowadza się bliżej wskazane zmiany w Warunkach Szczególnych Kontraktu (§ (...)ust. (...), „Aneksu nr (...))”,

- Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe – pn. (...)otrzymuje brzmienie „10.000.000 PLN (...)” (§ (...)ust. (...), „Aneksu nr (...))”,

- pozostałe postanowienia umowy pozostają bez zmian (§ (...), „Aneksu nr (...))”; kopia „Aneksu nr (...)” – k. 131-132).

Zgodnie z treścią Warunków Ogólnych Kontraktu, zmodyfikowanych Warunkami Szczególnymi Warunkami Kontraktu oraz „Aneksem nr (...)” i „Aneksem nr (...)”:

a) w terminie 3 dni od podpisania umowy, wykonawca dołączy do zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu szczegółowy Program Robót, który będzie zawierał m. in. kolejność, w jakiej wykonawca zamierza realizować zadania, objęte umową, a także uwzględni bliżej sprecyzowane Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Milowe), w tym:

- do dnia 15 listopada 2011 r. – wykonanie podbudowy bitumicznej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady) jak również na węzłach i łącznicach („Kamień Milowy 1”),

- do dnia 30 listopada 2011 r. – zakończenie konstrukcji wszystkich obiektów inżynierskich (zabetonowanie ustroju nośnego), z wyłączeniem obiektów: (...), (...) – dla których ustalono termin zakończenia konstrukcji (zabetonowanie ustroju nośnego) – do dnia 28 lutego 2012 r. oraz z wyłączeniem obiektów (...), (...), (...)– dla których ustalono termin zakończenia konstrukcji (zabetonowanie ustroju nośnego) do dnia 31 stycznia 2012 r. („Kamień Milowy 2”),

- do dnia 30 kwietnia 2012 r. – ułożenie warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach, łącznicach, drogach poprzecznych na węzłach („Kamień Milowy 3”),

- do dnia 10 maja 2012 r. – ułożenie warstwy ścieralnej oraz wykonanie wszystkich elementów przeciwpożarowych wzdłuż autostrady („Kamień Milowy 4”),

- na czas turnieju UEFA Euro 2012, począwszy od dnia 31 maja 2012 r. - oddanie do ruchu jezdnii głównych (na obu jezdniach autostrady), zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi oraz kompletnego, zatwierdzonego projektu organizacji ruchu z uwzględnieniem oznakowania pozostałych Robót wykończeniowych wykonywanych pod ruchem („Kamień Milowy 5”) (zmodyfikowana subklauzula 8.3 Warunków Ogólnych Kontraktu – k. 368-370, bezsporne jak dotąd twierdzenia uprawnionych – k. 13),

b) wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę, w wysokości określonej w Załączniku do Oferty – Dane Kontraktowe, między innymi:

- za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót, za każdy dzień zwłoki,

- za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty – Dane Kontraktowe, za każdy dzień zwłoki,

- za przekroczenie terminu przedłożenia: Programu lub jego aktualizacji (subklauzula 8.3 i subklauzula 8.6), raportu (subklauzula 4.21). projektu umowy z podwykonawcą (subklauzula 4.4), za każdy dzień zwłoki,

- za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w Okresie Rękojmi za Wady w terminie określonym przez inżyniera lub Zamawiającego, za każdy dzień zwłoki,

przy czym wykonawca jest zobowiązany zapłacić powyższe kary umowne także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkód, każda z wymienionych kar jest niezależna od siebie, a zamawiający ma prawo dochodzić każdą z nich niezależnie od dochodzenia pozostałych. Zamawiający może potrącić kwotę kary od każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć wykonawcy zgodnie z postanowieniami subklauzuli 2.5 „Roszczenia zamawiającego” (zmodyfikowana subklauzula 8.7 Warunków Ogólnych Kontraktu – k. 373-374).

W toku wykonania umówionych robót przez uprawnionych, wystąpiły następujące opóźnienia:

- w zakresie Kamienia Milowego 1 – 268 dni (od dnia 16 listopada 2011 r. do dnia 9 sierpnia 2012 r.),

- w zakresie Kamienia Milowego 3 – 101 dni (od dnia 1 maja 2012 r. do dnia 9 sierpnia 2012 r.),

- w zakresie Kamienia Milowego 4 – 26 dni (od dnia 11 maja 2012 r. do dnia 5 czerwca 2012 r.),

- w zakresie Kamienia Milowego 5 – 6 dni (od dnia 1 czerwca 2012 r. do dnia 6 czerwca 2012 r.),

- w zakresie Czasu na Ukończenie Robót – od dnia 16 października 2012 r. do dnia dzisiejszego, przy czym roboty zostaną wykonane w całości nie wcześniej niż do dnia 15 maja 2013 r. (kopie pism inżyniera kontraktu – k. 531-532, 534-535, 537-538, 540-541, 543-544, co do prognozowanego terminu zakończenia robót – okoliczność jak dotąd bezsporna, wskazana twierdzeniem uprawnionych – k. 18).

Pismem z dnia 16 października 2012 r., inżynier kontraktu powiadomił wykonawcę (uprawnionych), że wobec niedotrzymania przez wykonawcę umownego terminu ukończenia prac projektowych i robót budowlanych w ustalonym Czasie na Ukończenie, tj. do dnia 15 października 2012 r., zamawiający (obowiązany) nabył roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości po 151.210 zł brutto za każdy dzień zwłoki (kopia pisma – k. 543-544).

Pozostała do wypłaty przez obowiązanego na rzecz uprawnionych, w ramach wykonania umowy nr (...), kwota – dotąd niewymagalna – za prace, które zostaną wykonane i odebrane przez inżyniera kontraktu, to ok. 44.000.000 zł, co odpowiada ok. 6% łącznej wartości umówionych robót (kopia przejściowego świadectwa płatności – k. 565, w zw. z bezspornymi jak dotąd twierdzeniami uprawnionych – k. 18 z uwzględnieniem oczywistego błędu w zdaniu).

W świetle poczynionych ustaleń, istnienie roszczenia uprawnionych budzi istotne wątpliwości.

Podkreślić najpierw należy, że uprawnieni zamierzają wytoczyć przeciwko obowiązanemu powództwo o ustalenie nieistnienia roszczenia.

Powód może tymczasem żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, tylko wtedy, gdy ma w tym interes prawny (art. 189 k.p.c.).

Interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. istnieje wówczas, gdy zachodzi stan niepewności co do istnienia stosunku prawnego lub prawa, a wynik postępowania doprowadzi do usunięcia niejasności i wątpliwości w tym zakresie i zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości (wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2010 r., II PK 342/09, LEX nr 585783).

Przyjąć zatem trzeba brak istnienia interesu prawnego w wytoczeniu powództwa, o którym mowa w art. 189 k.p.c., o ile – w świetle przytaczanych przez powoda okoliczności faktycznych – powód może, dla ochrony wskazywanych przez siebie roszczeń – wytoczyć powództwo dalej idące (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 września 1995 r., I ACr 159/95, LEX nr 23763), to jest takie, w którego przypadku ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku

prawnego lub prawa będzie przesłanką wydania orzeczenia, prowadzącego do usunięcia niejasności i wątpliwości w zakresie sfery wzajemnych praw i obowiązków powoda i pozwanego.

W szczególności, interes prawny w uzyskaniu orzeczenia ustalającego prawo lub stosunek prawny nie istnieje wtedy, gdy te okoliczności faktyczne, na tle których powód występuje z żądaniem, uzasadniają wystąpienie z żądaniem zmierzającym do zaspokojenia roszczenia, o którym powód twierdzi, że mu przysługuje (wyrok SN z dnia 4 marca 2011 r., I CSK 351/10, LEX nr 785272).

W okolicznościach niniejszej sprawy, ewentualne uwzględnienie powództwa o ustalenie, które zamierzają wytoczyć uprawnieni, nie doprowadziłoby do definitywnego zakończenia sporu między stronami. Istotą tego sporu jest bowiem kwestia zapłaty na rzecz uprawnionych nieuiszczonej części należności za wykonane przez nich roboty, a dokładniej przypuszczalnej odmowy przedmiotowej zapłaty przez obowiązanego, który – jak sądzą uprawnieni – zasłoni się w przyszłości zarzutem potrącenia, a także skorzysta z ustanowionych na jego rzecz umownych zabezpieczeń.

Ewentualny wyrok, uwzględniający powództwo o ustalenie że obowiązany „nie przysługuje (...) roszczenia o zapłatę (...) kar umownych”, nawet jeśli stanie się prawomocny, nie będzie się nadawał do egzekucji. Oznacza to, że ów wyrok nie umożliwi uprawnionym wyegzekwowania nienależnie potrąconej (i przez to niewypłaconej przez obowiązanego) kwoty. W celu obrony swoich praw, uprawnieni i tak będą więc zmuszeni skorzystać z powództwa dalej idącego – o zapłatę.

Niemożliwość wykonania omawianego wyroku w drodze egzekucji stanowi też jedną z przyczyn, dla których wyrok ten nie będzie stanowił dla obowiązanego przeszkody w skorzystaniu z umownych zabezpieczeń jego należności. Przypomnieć należy, że zabezpieczenia te obejmują gwarancję bankową i zabezpieczenie w pieniądzu (§ 5 ust. 2 umowy nr (...)).

Zgodnie z treścią udzielonej obowiązany gwarancji bankowej, bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do dokonania bliżej wskazanej płatności na rzecz obowiązanego w terminie 14 dni od otrzymania pisemnego żądania zapłaty zawierającego oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoich zobowiązań, wynikających z umowy (k. 523 w zw. z k. 526, 528-529). Przytoczona treść gwarancji przesądza, że nawet gdyby doszło do wydania i uprawomocnienia się wyroku o treści zgodnej z roszczeniem, którego zabezpieczenia domagają się uprawnieni w niniejszej sprawie, to z tego tytułu bank nie będzie uprawniony, ani tym bardziej zobowiązany, do odmowy spełnienia świadczenia z gwarancji bankowej.

W szczególności, bank może jedynie zbadać, czy obowiązany złożył oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoich zobowiązań, natomiast nie jest uprawniony do weryfikacji prawdziwości przedmiotowego oświadczenia. Prawomocne nawet uwzględnienie powództwa, które zamierzają wytoczyć uprawnieni, nie będzie tymczasem stanowiło dla uprawnionego przeszkody w złożeniu bankowi oświadczenia, iż uprawnieni nie wywiązali się z zobowiązań z umowy, której dotyczy gwarancja bankowa.

Co się zaś tyczy umownego zabezpieczenia w pieniądzu, to skorzystanie z tego zabezpieczenia sprowadzać się będzie faktycznie do przywłaszczenia sobie przez obowiązanego określonej sumy pieniężnej. Co oczywiste, takiemu zachowaniu obowiązanego nie może przeszkodzić wyrok ustalający, nie nadający się do egzekucji. Gdyby natomiast obowiązany bezprawnie skorzystał z omawianej formy umownego zabezpieczenia, to dla zniweczenia skutków takiego działania uprawnieni musieliby wytoczyć powództwo o zapłatę.

W tych warunkach, nie sposób przyjąć, by uprawnieni posiadali interes prawny, w rozumieniu art. 189 k.p.c., w ustaleniu, że obowiązany nie przysługuje roszczenia o zapłatę kar umownych.

Skoro zaś brak takiego interesu stanowi samodzielną, dostateczną przesłankę oddalenia powództwa, to już na tym etapie stwierdzić można, że roszczenie uprawnionych nie zostało uprawdopodobnione.

Posiłkowe zatem tylko znaczenie ma okoliczność, iż niesłuszne wydaje się również stanowisko uprawnionych co do samego meritum sporu między stronami.

Uprawni nie przeczą, że doszło do opóźnienia w wykonaniu umówionych z obowiązanym robót, natomiast podnoszą, że opóźnienie to nastąpiło z przyczyn przez nich niezawinionych.

Rzecz jednak w tym, że niemal wszystkie podnoszone przez uprawnionych przeszkody (k. 15-16), powinny być znane uprawnionym w okresie przed dniem 29 maja 2012 r., zatem przed zawarciem „Aneksu nr 2” do umowy nr (...).

Chodzi tu zwłaszcza o:

- rzekomą degradację robót, wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, która to degradacja nastąpić miała podczas opadów deszczu w okresie pomiędzy dniem 14 lipca 2011 r. a dniem 2 sierpnia 2011 r. (k. 20),
- opóźnienie spowodowane – jak twierdzą uprawnieni – pracami archeologicznymi, gdy archeolodzy, według twierdzeń uprawnionych, przebywali na placu budowy do dnia 31 sierpnia 2011 r. (k. 24),
- nieukończenie prac nad obwodnicą Ż. do dnia 20 sierpnia 2011 r. (k. 25),
- wyjątkowo niepomyślne – jak twierdzą uprawnieni – warunki klimatyczne w okresie od końca stycznia 2012 r. do początku marca 2012 r. (k. 30),
- niezasadne – jak twierdzą uprawnieni – odrzucenie przez inżyniera kontraktu, w dniu 22 września 2011 r., bliżej wskazanych wniosków z powodu zastosowanej marki cementu (k. 32),
- opóźnienia spowodowane – jak twierdzą uprawnieni – niemożnością spójnej realizacji Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania, co zostało ujawnione między listopadem 2011 r. a lutym 2012 r. (k. 34),
- skutki nieprzewidywalnej – jak twierdzą uprawnieni – konieczności mobilizacji uprawnionych w celu wykonania zasadniczej części prac, składających się na Kamień Milowy 1 (k. 35; zaznaczyć trzeba, że terminem wykonania prac w zakresie Kamienia Milowego 1 był dzień 15 listopada 2011 r.),
- skutki nieprzewidywanej – jak twierdzą uprawnieni – konieczności mobilizacji uprawnionych do przejścia prac konsorcjanta (...) S.A. wobec jego upadłości, ogłoszonej w dniu 17 kwietnia 2012 r. (k. 37 – przy czym z twierdzeń uprawnionych wynika, że o pogarszającej się sytuacji finansowej skazanego konsorcjanta wiedzieli co najmniej od marca 2012 r.),
- opóźnienia spowodowane wadliwym – jak twierdzą uprawnieni – projektem budowlanym (uprawnieni powinni zbadać projekt bezzwłocznie po jego otrzymaniu – nie wyjaśnili oni tymczasem w żaden sposób, dlaczego zastrzeżenia co do projektu przedstawili obowiązanemu dopiero w lipcu 2012 r. – k. 40-41).

Mimo więc, że według stanu na dzień 29 maja 2012 r. uprawnieni powinni mieć świadomość istnienia wymienionych przeszkód, to zawarli oni „Aneks nr (...)”, w którym wyrazili zgodę na utrzymanie w mocy większości postanowień umowy sensu largo (tj. obejmującej elementy wymienione w § (...)ust. (...) umowy) – w tym wszystkich postanowień, dotyczących terminów wykonania robót.

Mając zatem na uwadze wiążące uprawnionych, jako profesjonalnych przedsiębiorców budowlanych, rygory należytej staranności w działaniu, przyjąć trzeba, że zawierając „Aneks nr 2” uprawnieni – co najmniej z winy nieumyślnej – wprowadzili obowiązanego w błąd, że są w stanie wykonać umówione roboty w pierwotnie ustalonym terminie. W każdym zaś razie, przeszkód, istniejących i możliwych do stwierdzenia przez uprawnionych według stanu na dzień 29 maja 2012 r., nie sposób uznać za usprawiedliwienie opóźnienia w wykonaniu umówionych robót.

Powyższe rozumowanie nie odnosi się jedynie do powoływanego przez uprawnionych utrudnienia im dostępu do placu budowy po zakończeniu turnieju (...), to jest po dniu 1 lipca 2012 r. Nawet wszakże z twierdzeń pozwu (zwłaszcza k. 38-40) nie wynika, czy i jakie dokładnie opóźnienie (lub część opóźnienia) jest skutkiem wyłącznie tego konkretnego – ujmowanego samodzielnie – uchybienia obowiązane. Konstrukcja pozwu opiera się bowiem na przedstawieniu szeregu wyodrębnionych, ale zazębiających się czynników, które razem doprowadziły do opóźnienia. W rezultacie, nawet w oparciu o twierdzenia uprawnionych nie sposób wykluczyć, że także w przypadku, gdyby obowiązany udostępnił uprawnionym plac budowy już w dniu 2 lipca 2012 r. i tak doszłoby do opóźnienia w wykonaniu umówionych robót.

Prawdopodobnym jest zatem, że wystąpiły okoliczności, które z mocy zmodyfikowanej subklauzuli 8.7 Warunków Ogólnych Kontraktu stanowią faktyczną przesłankę powstania po stronie obowiązane roszczenia przeciwko uprawnionym o zapłatę kary umownej – i to w pełnej wysokości, sygnalizowanej pismem inżyniera kontraktu z dnia 16 października 2012 r.

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. 730<sup>1</sup> § 2 k.p.c.).

Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniami „uniemożliwi” i „utrudni”, a nie „może uniemożliwić” i „może utrudnić” przesądza, że przyjęcie istnienia interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia możliwe jest tylko w razie uprawdopodobnienia okoliczności, które przemawiają za przyjęciem, że brak zabezpieczenia nie tylko hipotetycznie, ale co najmniej z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie. Ciężar uprawdopodobnienia takich okoliczności obciąża tego, kto wnioskuje o udzielenie zabezpieczenia (art. 730<sup>1</sup> § 1 w zw. z odpowiednio stosowanym art. 232 zd. 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

Argumenty, przedstawiane przez uprawnionych na rzecz rzekomego posiadania przez nich interesu prawnego w udzieleniu wnioskowanego zabezpieczenia, uznać należy za niedostateczne.

Nawet samowolne zaspokojenie przez obowiązane – zwłaszcza z umownych zabezpieczeń – roszczenia o zapłatę kary umownej nie uczyni bezprzedmiotowym sporu o to, czy przedmiotowa kara rzeczywiście obowiązane przysługuje. Rozważenie tej kwestii będzie bowiem miało pierwszorzędne znaczenie w ewentualnym sporze o zapłatę (zwrot) kwot, bezzasadnie pobranych z tytułu kary umownej.

Powoływanie się uprawnionych na rzekomą utratę przez nich legitymacji w sprawie o ustalenie, w wypadku nabycia przez nich roszczenia dalej idącego – o zapłatę, opiera się zaś na błędnym założeniu, że uprawnieni mają obecnie interes prawny w ustaleniu (jak wykazano - nie mają go), a interes ten utracą dopiero wtedy, gdy obowiązany samowolnie zaspokoi swoje roszczenie o zapłatę kary umownej.

Za całkowicie gołosłowne uznać natomiast należy sugestie uprawnionych, jakoby nieudzielenie wnioskowanego zabezpieczenia groziło uprawnionym upadłością.

Jak zauważyli sami uprawnieni, część należnego im wynagrodzenia, którą obowiązany może zatrzymać z tytułu potrącenia należności z kar umownych, odpowiada tylko ok. 6% łącznej wartości umówionych robót, która wynosi ponad 750.000.000 zł. Przyjąć zatem można, że uprawnieni obracają środkami pieniężnymi o wartości rzędu zbliżonego do miliarda złotych, a być może nawet wyższej (brak danych, by działalność uprawnionych ograniczała się wyłącznie do realizacji umowy nr (...)).

Skoro zatem zagrożone jest otrzymanie przez uprawnionych należności odpowiadającej tylko kilku procentom obrotów uprawnionych, to dla stwierdzenia zagrożenia ich upadłością (a co za tym idzie – zagrożenia braku płatności dla podwykonawców i dostawców), konieczna byłaby – w szczególności – analiza dokumentacji finansowej, takiej jak



bilans wraz z rachunkiem zysków i strat pozwanych oraz wyciągi z ich rachunków bankowych. Uprawnieni dowodów tego rodzaju jednak nie przedstawili. Ich twierdzenia w omawianym zakresie nie zostały wręcz poparte jakimikolwiek dowodami, zatem z pewnością nie można ich uznać za uprawdopodobnione.

Co więcej, skoro brak danych, by osoby uprawnione do reprezentacji uprawnionego (...) A (...) sp. z o.o, będącego spółką prawa polskiego, złożyły lub zamierzały w najbliższym czasie złożyć wnioski o ogłoszenie jego upadłości, to przy założeniu działania tych osób zgodnie z porządkiem prawnym domniemywać można, iż zobowiązania tego uprawnionego nie przekraczają wartości jego majątku (art. 11 ust. 2 w zw. z art. 10 w zw. z art. 21 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, t. jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1112).

Uprawnieni nie zdołali więc uprawdopodobnić interesu prawnego w udzieleniu wnioskowanego zabezpieczenia, co stanowi kolejną samodzielną, wystarczającą przesłankę oddalenia wniosku (art. 730<sup>1</sup> § 1 k.p.c. a contrario).

Istotne zastrzeżenia wzbudza pierwszy z wnioskowanych przez uprawnionych sposobów zabezpieczenia.

Z brzmienia art. 730<sup>1</sup> § 3 k.p.c. wynika, że warunkiem koniecznym – choć nie wystarczającym – zastosowania określonego sposobu zabezpieczenia jest, by sposób ten zapewnił uprawnionemu należyłą ochronę prawną.

W tym kontekście istotne znaczenie ma, że potrącenie dokonywane jest przez oświadczenie, złożone drugiej stronie (art. 499 k.c.), przy czym brak podstaw do zabronienia komukolwiek złożenia oświadczenia o potrąceniu – i to nawet wierzytelności nieistniejącej. O ile bowiem przedstawiona do potrącenia wierzytelność nie istnieje, to nawet w razie złożenia oświadczenia o potrąceniu nie powstanie skutek prawny, o którym mowa w art. 498 § 2 k.c. Jeżeli zatem przyjąć, że wierzytelność, którą obowiązany zamierza rzekomo przedstawić do potrącenia, w rzeczywistości mu nie przysługuje, to sytuacja prawna uprawnionych nie zmieni się na skutek złożenia oświadczenia o potrąceniu, w tym sensie, że mimo złożenia przedmiotowego oświadczenia uprawnieni nadal będą mogli się domagać zapłaty zaległego wynagrodzenia, w wysokości takiej samej jak w przypadku, gdyby oświadczenia tego obowiązany nie złożył.

Innymi słowy, zastosowanie pierwszego z wnioskowanych sposobów zabezpieczenia, polegającego na zakazaniu obowiązany składania oświadczenia o potrąceniu, nie zapewni w istocie uprawnionym jakiegokolwiek dodatkowej ochrony prawnej, co czyni zastosowanie tego sposobu niedopuszczalnym w świetle art. 730<sup>1</sup> § 3 k.p.c.

Z treści wniosku jasno wynika, że uprawnieni dążą przede wszystkim do zmuszenia obowiązany do wypłaty im całego umówionego wynagrodzenia. Równocześnie jednak, uprawnieni zamierzają wytoczyć powództwo i uzyskać zabezpieczenie roszczenia nie o zapłatę, a ustalenie.

W tych warunkach, wysoce prawdopodobnym jest, że rozpoznawany wniosek zmierza w rzeczywistości do obejścia przepisu art. 749 k.p.c, zgodnie z którym niedopuszczalne jest zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przeciwko Skarbowi Państwa.

Konsekwentnie, złożenie przez uprawnionych rozpoznawanego wniosku traktować należy jako czynność procesową sprzeczną z dobrymi obyczajami (art. 3 k.p.c.), nie zasługującą na ochronę prawną.

Skoro sprawa niniejsza jest samoistnym postępowaniem o udzielenie zabezpieczenia, to w kończącym ją, uzasadnianym orzeczeniu, zawrzeć należy rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania (art. 745 § 1 k.c.).

Koszty te ograniczają się do już poniesionych przez uprawnionych: opłaty od wniosku i wynagrodzeń profesjonalnych pełnomocników. Stosownie do wyniku postępowania, uprawnionych należało zatem pozostawić przy tych kosztach (art. 98 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

***Wobec powyższego, Sąd Okręgowy postanowił jak w sentencji.***

(...)