

Sygn. akt I ACz 2372/15

POSTANOWIENIE

Dnia 28 grudnia 2015 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący : SSA Andrzej Struzik (spr.)

Sędziowie: SA Marek Boniecki

SO Barbara Baran (del.)

po rozpoznaniu w dniu 28 grudnia 2015 roku w Krakowie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko (...) Przedsiębiorstwu (...)Spółce Akcyjnej w K.

o zabezpieczenie roszczenia przed wszczęciem postępowania

na skutek zażaleń obu stron na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 5 października 2015 roku, sygn. akt IX GCo 244/15

postanawia:

I zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, że wniosek o zabezpieczenie oddalić;

II oddalić zażalenie uprawnionej;

III zasądzić od uprawnionej na rzecz obowiązanej kwotę 1.067 zł (tysiąc sześćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

SSA Marek Boniecki SSA Andrzej Struzik SSO Barbara Baran

Sygn. akt I ACz 2372/15

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 5 października 2015 r., sygn. IX GCo 244/15 Sąd Okręgowy w Krakowie:

w punkcie I zabezpieczył roszczenie o ustalenie, że (...) Przedsiębiorstwu (...) S.A. w K. na podstawie Umowy o roboty budowlane „Przebudowa ulicy (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowa torowiska tramwajowego w Al. (...) od ul. (...) do ul. (...)” zawartej w dn. 9.02.2010 r. nie przysługuje prawo do żądania wypłaty jakichkolwiek kwot z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. w przypadku nieprzedłużenia przez uprawnioną okresu obowiązywania Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A, poprzez:

zakazanie obowiązanej przyjęcia w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub za pośrednictwem pełnomocnika lub innego przedstawiciela, jakichkolwiek środków wypłaconych z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania

umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. na skutek żądania wypłaty złożonego przez obowiązującą z powołaniem się na nieprzedłużenie przez uprawnioną okresu obowiązywania Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A., w tym w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty z Gwarancji Ubezpieczeniowej z powołaniem się na nieprzedłużenie przez uprawnioną okresu obowiązywania Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. - nakazanie obowiązanej złożenia wobec gwaranta - Towarzystwa (...) S.A. - oświadczenia, że obowiązująca żąda wstrzymania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania oraz, że brak wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. nie będzie stanowił naruszenia zobowiązań Towarzystwa (...) S.A. wobec obowiązanej;

w punkcie II zabezpieczył roszczenie o ustalenie, że (...) Przedsiębiorstwu (...) S.A. w K. nie przysługują roszczenia z tytułu gwarancji jakości udzielonej na podstawie Umowy o roboty budowlane „Przebudowa ulicy (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowa torowiska tramwajowego w Al. (...) od ul. (...) do ul. (...)” zawartej w dn. 9.02.2010 r. i Dokumentu gwarancyjnego wystawionego w dn. 22.09.2010 r., polegające na żądaniu usunięcia wady lub pokrycia kosztów wykonania zastępczego dotyczącego ciemnozielonego koloru ((...)) słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych posadowionych wzdłuż ul. (...) ani też (...) Przedsiębiorstwu (...) S.A. w K. nie jest uprawnione z tego tytułu do uzyskania środków z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. poprzez:

zakazanie obowiązanej przyjęcia w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub za pośrednictwem pełnomocnika lub innego przedstawiciela, jakichkolwiek środków wypłaconych z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. na skutek żądania wypłaty złożonego przez obowiązującą z powołaniem się na nieusuniętą wadę w postaci ciemnozielonego koloru ((...)) słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych posadowionych wzdłuż ul. (...), w tym w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. z powołaniem się na nieusuniętą wadę w postaci ciemnozielonego koloru ((...)) słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych posadowionych wzdłuż ul. (...) - nakazanie Obowiązanej złożenia wobec gwaranta - Towarzystwa (...) S.A. - oświadczenia, że obowiązująca żąda wstrzymania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania oraz, że brak wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. nie będzie stanowił naruszenia zobowiązań Towarzystwa (...) S.A. wobec obowiązanej;

w punkcie III zabezpieczył roszczenie o ustalenie, że (...) Przedsiębiorstwu (...)S.A. w K. nie przysługują roszczenia z tytułu gwarancji jakości udzielonej na podstawie Umowy o roboty budowlane „Przebudowa ulicy (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowa torowiska tramwajowego w Al. (...) od ul. (...) do ul. (...)” zawartej w dn. 9.02.2010 r. i Dokumentu gwarancyjnego wystawionego w dn. 22.09.2010 r., polegające na żądaniu usunięcia wady lub pokrycia kosztów wykonania zastępczego naprawy torowiska na łuku ul.(...), ani też Miejskie Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. nie jest uprawnione z tego tytułu do uzyskania środków z Gwarancji ubezpieczeniowej

dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. poprzez:

zakazanie obowiązanej przyjęcia w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub za pośrednictwem pełnomocnika lub innego przedstawiciela, jakichkolwiek środków wypłaconych z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. na skutek żądania wypłaty złożonego przez obowiązaną z powołaniem się na brak naprawy torowiska na łuku ul. (...), w tym w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. z powołaniem się na brak naprawy torowiska na łuku ul. (...)- nakazanie obowiązanej złożenia wobec gwaranta - Towarzystwa (...) S.A. - oświadczenia, że obowiązana żąda wstrzymania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania oraz, że brak wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. nie będzie stanowił naruszenia zobowiązań Towarzystwa (...) S.A. wobec obowiązanej;

w punkcie IV zabezpieczył roszczenie o ustalenie, że (...)Przedsiębiorstwu (...)S.A. w K. nie przysługują roszczenia z tytułu gwarancji jakości udzielonej na podstawie Umowy o roboty budowlane „Przebudowa ulicy (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowa torowiska tramwajowego w Al. (...) od ul. (...) do ul. (...)” zawartej w dn. 9.02.2010 r. i Dokumentu gwarancyjnego wystawionego w dn. 22.09.2010 r., polegające na żądaniu usunięcia wady lub pokrycia kosztów wykonania zastępczego dotyczących elementów ozdobnych słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych, ani też Miejskie Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. nie jest uprawnione z tego tytułu do uzyskania środków z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. poprzez:

zakazanie obowiązanej przyjęcia w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub za pośrednictwem pełnomocnika lub innego przedstawiciela, jakichkolwiek środków wypłaconych z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. na skutek żądania wypłaty złożonego przez obowiązaną z powołaniem się na nieusunięcie wady dotyczącej elementów ozdobnych słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych, w tym, w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. z powołaniem się na nieusunięcie wady dotyczącej elementów ozdobnych słupów trakcyjnych i trakcyjno - oświetleniowych - nakazanie Obowiązanej złożenia wobec gwaranta - Towarzystwa (...) S.A. - oświadczenia, że obowiązana żąda wstrzymania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania oraz, że brak wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. nie będzie stanowił naruszenia zobowiązań Towarzystwa (...) S.A. wobec obowiązanej;

w punkcie V zabezpieczył roszczenie o ustalenie, że (...) Przedsiębiorstwu (...)S.A. w K. nie przysługują roszczenia z tytułu gwarancji jakości udzielonej na podstawie Umowy o roboty budowlane „Przebudowa ulicy (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowa torowiska tramwajowego w Al. (...) od ul. (...) do ul. (...)” zawartej w dn. 9.02.2010 r. i Dokumentu gwarancyjnego wystawionego w dn. 22.09.2010 r., polegające na żądaniu usunięcia wady lub pokrycia kosztów wykonania zastępczego dotyczących słupków i łańcuchów ozdobnych zamontowanych wzdłuż ul. (...), ani też (...)Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. nie jest uprawnione z tego tytułu do uzyskania środków z

Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. poprzez:

zakazanie obowiązanej przyjęcia w jakiegokolwiek formie, bezpośrednio lub za pośrednictwem pełnomocnika lub innego przedstawiciela, jakichkolwiek środków wypłaconych z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. na skutek żądania wypłaty złożonego przez Obowiązaną z powołaniem się na nieusunięcie wady dotyczącej słupków i łańcuchów ozdobnych zamontowanych wzdłuż ul. (...), w tym w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. z powołaniem się na nieusunięcie wady dotyczącej słupków i łańcuchów ozdobnych zamontowanych wzdłuż ul. (...) - nakazanie obowiązanej złożenia wobec gwaranta - Towarzystwa (...) S.A. - oświadczenia, że Obowiązana żąda wstrzymania wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania oraz, że brak wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dn. 28.01.2010 r. wystawionej przez (...) S.A., zmienionej aneksem nr (...) z dn.12.11.2014 r. przez Towarzystwo (...) S.A. nie będzie stanowił naruszenia zobowiązań Towarzystwa (...) S.A. wobec obowiązanej;

w punkcie VI oddalił wniosek w pozostałym zakresie;

w punkcie VII uzależnił wykonanie postanowienia w punkcie III od złożenia przez uprawnioną kaucji na zabezpieczenie roszczeń obowiązanej powstałych w wyniku wykonania postanowienia o zabezpieczeniu w kwocie 46.770,38 zł;

w punkcie VIII uzależnił wykonanie postanowienia w punkcie V od złożenia przez uprawnioną kaucji na zabezpieczenie roszczeń obowiązanej powstałych w wyniku wykonania postanowienia o zabezpieczeniu w kwocie 81.873,60 zł;

w punkcie IX wyznaczył uprawnionej termin 2 tygodni do wytoczenia powództwa pod rygorem upadku zabezpieczenia.

Uzasadniając wydane postanowienie Sąd Okręgowy wskazał, iż co do zasady uprawniony może domagać się zabezpieczenia roszczenia o ustalenie nieistnienia prawa poprzez zakazanie wykonywania tego prawa. Uprawniony powinien uprawdopodobnić interes prawny w ustaleniu nieistnienia prawa, ponieważ w ten sposób uprawdopodobni roszczenie, którego zamierza dochodzić, oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. Sposób zabezpieczenia roszczenia niepieniężnego powinien być odpowiedni, co oznacza, że pomiędzy sposobem zabezpieczenia a zabezpieczanym roszczeniem powinien zachodzić taki związek, że zabezpieczenie ułatwi osiągnięcie celu postępowania lub ułatwi wykonanie orzeczenia. W niniejszej sprawie uprawniona domagała się zabezpieczenia każdego z roszczeń poprzez nakazanie obowiązanej złożenia do depozytu sądowego środków uzyskanych z gwarancji. Zdaniem Sądu Okręgowego taki sposób zabezpieczenia roszczeń opisanych przez uprawnioną nie jest odpowiedni. Jeżeli gwarant zdążył wypłacić środki z gwarancji przed zabezpieczeniem roszczenia poprzez zakazanie obowiązanej przyjmowania wypłat z gwarancji, uprawnionej nie będzie przysługiwało roszczenie o ustalenie nieistnienia prawa lecz roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia skierowane przeciwko obowiązanej. To roszczenie jest dalej idące niż roszczenie o ustalenie nieistnienia prawa. Po wypłacie środków z gwarancji przez gwaranta uprawniona traci interes prawny w ustaleniu nieistnienia prawa, co oznacza, że traci samo roszczenie o ustalenie nieistnienia prawa. Z tej przyczyny Sąd Okręgowy oddalił wniosek o zabezpieczenie każdego określonego przez uprawnioną roszczenia poprzez nakazanie złożenia do depozytu sądowego środków otrzymanych z gwarancji. W dalszej kolejności Sąd Okręgowy uznał za uprawdopodobnione, że uprawniona zawarła z obowiązaną umowę o roboty budowlane polegające na przebudowie ul. (...) wraz z torowiskiem i skrzyżowaniem z ul. (...), przebudowie torowiska tramwajowego w al. (...) od ul. (...) do ul. (...). Uprawniona udzieliła obowiązanej gwarancji jakości wykonania robót. Wykonanie

umowy, w tym wykonanie obowiązku usunięcia wad i usterek, zostało zabezpieczone gwarancją ubezpieczeniową udzieloną ostatecznie przez Towarzystwo (...) S.A. Według uprawnionej gwarancja ta wygasła 7 października 2015 r. Obowiązana zagroziła uprawnionej wypłatą całej kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku nieprzedłużenia gwarancji ubezpieczeniowej. Między stronami istnieje spór co do tego, czy gwarancja jakości udzielona przez uprawnioną ulegała przedłużeniu na skutek wymiany elementów wykonanych przez uprawnioną o kolejne 5 lat, co powodowałoby konieczność przedłużenia gwarancji ubezpieczeniowej. Obowiązana odwołała się do art. 581 § 1 k.c. odnoszącego się do gwarancji przy sprzedaży. Strony zawarły umowę o roboty budowlane, dlatego wskazany przepis mógłby mieć zastosowanie tylko przez analogię. W ocenie Sądu Okręgowego nie przesądzając na tym etapie postępowania, która ze stron ma rację, można uznać za jedną z możliwych taką wykładnię umowy, jak chce tego uprawniona. Świadczy o tym sama gwarancja, według której stanowi ona zabezpieczenie należytego usunięcia wad i usterek, które powstały w okresie ważności gwarancji i nie zostały usunięte, a nie zabezpieczenie należytego wykonania innych obowiązków wynikających z umowy. Tym samym za uprawdopodobnione Sąd uznał roszczenie opisane przez uprawnioną w punkcie I wniosku. Uprawniona twierdziła, że obowiązanej nie przysługuje roszczenie o usunięcie wady lub pokrycie kosztów wykonania zastępczego dotyczącego ciemnozielonego koloru słupów trakcyjnych i trakcyjno-oświetleniowych posadowionych wzdłuż ul. (...) i że obowiązana nie jest uprawniona do uzyskania z tego tytułu środków z gwarancji ubezpieczeniowej. Drugie ze wskazanych roszczeń jest prawdopodobne, ponieważ gwarancja ubezpieczeniowa stanowi zabezpieczenie należytego usunięcia wad i usterek, które powstały w okresie od odbioru końcowego do 7 października 2015 r. Jeżeli roboty wykonane przez uprawnioną mają wadę polegającą na zastosowaniu niewłaściwego koloru, to wada ta istniała w momencie odbioru robót i powinna zostać stwierdzona w trakcie odbioru. Dokument gwarancji powinien być wykładany ściśle, skoro zatem w dokumencie powołano się na wady powstałe w okresie od odbioru końcowego do 7 października 2015 r., to gwarancja nie zabezpiecza roszczenia o usunięcie wad powstałych przed odbiorem końcowym, a dopiero ujawnionych po odbiorze końcowym a przed 7 października 2015 r. Dalej uprawniona uprawdopodobniła przy pomocy ekspertyzy wykonanej przez Politechnikę (...), że torowisko na skrzyżowaniu ul. (...) z al. (...) nie jest wykonane wadliwie. Między stronami istnieje spór co do tej okoliczności. Obowiązana twierdzi, że koszt usunięcia tej wady równy jest 46.770,38 zł. Wykonanie postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia w pkt. III Sąd uzależnił zatem od złożenia przez uprawnioną kaucji na zabezpieczenie roszczeń obowiązanej powstałych w wyniku wykonania postanowienia o zabezpieczeniu w kwocie 46.770,38 zł, orzekając w tej części na podstawie art. 739 § 1 zd. 1 k.p.c. Sąd Okręgowy podkreślił, iż nie jest możliwe, aby sprawa została rozstrzygnięta prawomocnie przed upływem terminu związania gwarancją ubezpieczeniową. Zabezpieczenie roszczenia doprowadzi zatem do utraty uprawnień wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej niezależnie od wyniku postępowania. Dlatego też wykonanie postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia w tej części uzależnione zostało od złożenia kaucji przez uprawnioną. Zdaniem Sądu Okręgowego uprawdopodobnione jest również roszczenie o ustalenie, że obowiązanej nie przysługuje roszczenie o usunięcie lub pokrycie kosztów czy wykonania zastępczego dotyczących elementów ozdobnych słupów trakcyjnych i trakcyjno-oświetleniowych i o ustalenie, że obowiązana nie jest uprawniona z tego tytułu do uzyskania środków z gwarancji ubezpieczeniowej. Zważywszy na charakter tych wad musiały one powstać po odbiorze końcowym. Mało prawdopodobne jest bowiem, żeby tego rodzaju wady nie zostały stwierdzone podczas odbioru końcowego. Uprawniona nie jest odpowiedzialna z tytułu rękojmi za wady fizyczne, które powstały po przejściu niebezpieczeństwa na obowiązaną, chyba że wady wynikły z przyczyny tkwiącej już poprzednio w rzeczy. Prawdopodobne jest, że do uszkodzenia elementów ozdobnych słupów trakcyjnych doszło nie na skutek przyczyn tkwiących w słupach trakcyjnych. Prawdopodobne jest także ostatnie roszczenie o ustalenie nieistnienia roszczenia o usunięcie wad lub pokrycie kosztów wykonania zastępczego dotyczącego słupków i łańcuchów ozdobnych. Prawdopodobne jest, że przyczyna tych wad nie tkwiła w słupkach i łańcuchach. Uprawniona przedstawiła dokumentację fotograficzną świadczącą o tym, że do korozji słupków i łańcuchów mogło dochodzić na skutek uszkodzeń mechanicznych związanych ze ruchem ulicznym. Wykonanie postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia w punkcie V Sąd Okręgowy uzależnił od złożenia przez uprawnioną kaucji na zabezpieczenie roszczeń obowiązanej powstałych w wyniku wykonania postanowienia o zabezpieczeniu w kwocie 81.873,60 zł, orzekając w tej części na podstawie art. 739 § 1 zd. 1 k.p.c. W ocenie Sądu Okręgowego uprawniona uprawdopodobniła również interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. Obowiązana w piśmie z 25 września 2015 r. wezwała uprawnioną do zapłaty 241.704,70 zł, informując, że w przypadku braku zapłaty wystąpi do gwaranta o wypłatę środków z gwarancji ubezpieczeniowej. W tej sytuacji brak zabezpieczenia spowoduje, że nie zostanie osiągnięty cel postępowania,

ponieważ zanim zostanie przesądzone, że roszczenia opisane we wniosku obowiązanej nie przysługują, obowiązana skorzysta z uprawnień wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej.

Zażalenie na powyższe orzeczenie złożyły obie strony postępowania.

Uprawniona zaskarżyła je w zakresie punktu VII i VIII, wnosząc o jego uchylenie we wskazanym zakresie i niezależnianie wykonania zabezpieczenia od złożenia kaucji. Zarzuciła mu naruszenie art. 739 § 1 k.p.c. poprzez uzależnienie wykonania postanowienia o zabezpieczeniu w punkcie III i V od złożenia kaucji w sytuacji, gdy na skutek wykonania zabezpieczenia w kształcie, w jakim zostało udzielone, obowiązanej nie grozi żadna szkoda, ponieważ w razie korzystnego wyniku postępowań obowiązana uzyska środki, o które wystąpiła żądaniem z dnia 6 października 2015 r.

Obowiązana zaskarżyła powyższe orzeczenie w całości, wnosząc o jego uchylenie i oddalenie wniosku o zabezpieczenie, względnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także o zasądzenie od uprawnionej na rzecz obowiązanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zarzuciła: 1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 23 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907, dalej p.z.p.) poprzez nieuprawnione uznanie, że dopuszczalne jest samodzielne działanie jednego z wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sprawach związanych z udzieleniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 2) naruszenie przepisów postępowania, a to: a) art. 72 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. poprzez nieoddalenie wniosku pomimo jego niezasadności ze względu na brak legitymacji czynnej jednego z wykonawców występujących wspólnie w realizacji zamówienia publicznego oraz b) art. 730¹ § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że uprawniony uprawdopodobnił interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia.

W odpowiedzi na zażalenie obowiązanej uprawniona wniosła o jego oddalenie oraz o zasądzenie od obowiązanej na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zażalenie obowiązanej zasługiwało na uwzględnienie.

Obowiązana w złożonym środku zaskarżenia, jako najdalej idący zarzut podniosła brak samodzielnej legitymacji procesowej uprawnionej spółki do wystąpienia ze wskazanym przez nią roszczeniem. Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Uprawniona upatruje podstaw swego żądania w umowie o roboty budowlane, zawartej w trybie postępowania regulowanego ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.), w dniu 9 lutego 2010 r. pomiędzy obowiązaną a konsorcjum firm, w skład którego wchodzi uprawniona. Nie wykazała przy tym jednak, iż przysługuje jej samodzielna legitymacja procesowa do wystąpienia ze wskazanym powództwem. Przepisy Prawa zamówień publicznych regulują wprost jedynie sposób reprezentacji konsorcjum na etapie postępowania przetargowego (art. 23 p.z.p.) oraz przewidują solidarną odpowiedzialność bierną wykonawcy kontraktu (art. 141 p.z.p.). Nie zawierają natomiast szczególnych uregulowań określających legitymację czynną wykonawcy względem zamawiającego w sporach wynikających z zawartego kontraktu. Należy zaś pamiętać, iż specyficzny twór prawny, jakim jest konsorcjum nie posiada własnej podmiotowości prawnej, a co za tym idzie również zdolności sądowej. W jego imieniu w sporach sądowych występować mogą zatem jedynie podmioty wchodzące w jego skład. Ponadto nie ulega wątpliwości, iż członkowie konsorcjum w ramach zawartej umowy co do zasady dążą do wspólnego celu gospodarczego jakim jest nie tylko wspólny udział w przetargu, ale również wspólne wykonanie całości prac przewidzianych w kontrakcie. Charakter prawny umowy konsorcjum wykazuje zatem znaczne podobieństwo do umowy spółki cywilnej, co w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnia odpowiednie stosowanie do niej właśnie przepisów dotyczących spółki cywilnej (art. 860 i nast. k.c.). Sąd Apelacyjny zdaje sobie sprawę z rozbieżności i wątpliwości występujących w tej kwestii w judykaturze. Jednakże za uzasadnione uznaje stanowisko zajęte przez tut. Sąd w wyroku z dnia 17 grudnia 2014 r., z którego wprost wynika, iż bez względu na to, czy umowa konsorcjum spełnia ściśle przesłanki umowy spółki cywilnej, czy też jedynie jest do niej zbliżona, ocena legitymacji czynnej

konsorcjantów winna być dokonywana przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o spółce cywilnej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt I ACa 1308/14, LEX nr 1649248). Podkreślić zaś trzeba, iż pomiędzy wszystkimi współnikami spółki cywilnej występującymi w sporach sądowych po stronie powodowej zachodzi współuczestnictwo konieczne określone w art. 72 § 2 k.p.c. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt III CZP 130/10, OSNC 2011/9/100). W konsekwencji trzeba zatem uznać, iż również w przypadku sporów toczących się pomiędzy konsorcjum (jako wykonawcą) a zamawiającym, dotyczących zakresu umowy zawartej w ramach postępowania w trybie zamówień publicznych, legitymacja procesowa czynna przysługuje jedynie wszystkim członkom konsorcjum działającym łącznie. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, zgodnie z którą w sprawach o zwrot zatrzymanego wadium oraz o wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane legitymacja czynna przysługuje jedynie wszystkim konsorcjantom łącznie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt IV CSK 95/14, LEX nr 1554593; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 475/10, LEX nr 1108492). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, powyższe rozważania, choć wypracowane na tle odmiennego stanu faktycznego, znajdują zastosowanie również w zakresie sporu będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Należy zauważyć, iż na mocy umowy zawartej w dniu 16 listopada 2009 r. pomiędzy uprawnioną a spółkami (...) S.A. i (...)S.A. doszło do utworzenia pomiędzy powyższymi spółkami tzw. scentralizowanego modelu konsorcjum (por. m.in. art. 10 umowy). Jak wynika z treści dokumentu gwarancyjnego z dnia 22 września 2010 r. (k. 77) został on wystawiony wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum. Nie ulega zatem wątpliwości, iż powstała w ten sposób odpowiedzialność konsorcjantów ma charakter odpowiedzialności solidarnej. Podobnie gwarancja ubezpieczeniowa nr (...), choć udzielona jedynie na zlecenie spółki (...), zabezpiecza de facto wspólny obowiązek wszystkich konsorcjantów. Również realizacja związanych z nią uprawnień wymaga zatem współdziałania wszystkich członków konsorcjum. To zaś prowadzi do wniosku, iż w zaistniałych okolicznościach spółka (...) nie posiada samodzielnej legitymacji procesowej do występowania w niniejszej sprawie. Na marginesie należy wskazać, iż na etapie postępowania procesowego braku legitymacji procesowej mogłyby zostać uzupełnione w trybie art. 195 k.p.c. Powyższa regulacja nie znajdzie natomiast zastosowania w toku postępowania zabezpieczającego wszczętego przed wytoczeniem powództwa. Jest to bowiem postępowanie prowizoryczne, które ma na celu zabezpieczenie roszczenia strony, które dopiero następnie będzie dochodzone w procesie. Występując o udzielenie zabezpieczenia na tym etapie postępowania wnioskodawca może zatem realizować jedynie roszczenia przysługujące mu samodzielnie, nie zaś wspólne roszczenia wszystkich członków konsorcjum.

W świetle powyższych ustaleń wnioski o zabezpieczenie dochodzonego roszczenia podlegał ostatecznie oddaleniu jako nieuprawdopodobnione.

W dalszej kolejności, koniecznym stało się również oddalenie zażalenia uprawnionej na punkt VII i VIII zaskarżonego orzeczenia. Wobec zmiany rozstrzygnięcia co do meritum i całkowitego oddalenia wniosku o zabezpieczenie argumenty podnoszone przez uprawnioną należało bowiem ostatecznie uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżone postanowienie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. oraz oddalił zażalenie uprawnionej na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.

O kosztach postępowania zażaleniowego orzeczona na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 745 § 1 k.p.c. Na zasądzone koszty złożyła się uiszczona przez obowiązującą opłata od zażalenia w kwocie 150 złotych oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 917 zł (w tym opłata od pełnomocnictwa – 17 zł). Należy w tym miejscu nadmienić, iż przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U.2013.461) nie wyszczególniają stawek minimalnych obowiązujących w postępowaniu o zabezpieczenie powództwa. W takiej sytuacji, jak wynika z § 5 rozporządzenia, za podstawę określenia wysokości wynagrodzenia adwokata należy stosować stawki w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Biorąc pod uwagę, że wniosek dotyczył kosztów postępowania zabezpieczającego, za najbardziej rodzajowo zbliżone należy przyjąć stawki dotyczące spraw egzekucyjnych (§ 11 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia) (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt I CZ 94/12, LEX nr 1231306). Wobec zadeklarowanej wartości przedmiotu zaskarżenia (2.870.575 zł), zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia, stawka minimalna

wynosiła 7.200 zł. W związku z powyższym koszty zastępstwa procesowego w oparciu o § 6 pkt 7 w zw. z § 5 w zw. z § 11 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 2 powołanego rozporządzenia ustalono na kwotę 900 zł.

SSA Marek Boniecki SSA Andrzej Struzik SSO Barbara Baran